Die rechtliche Stellung des Handlungsgehilfen in der Schweiz unter Berücksichtigung von Gewerberecht, Kollektivnormen und Verkehrssitte.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERREICHUNG DER WÜRDE EINES DOCTOR JURIS UTRIUSQUE
DER HOHEN JURISTISCHEN FALKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON
KARL ACKERMANN
AUS NEUKIRCH-EGNACH (THURGAU)

Buchdruckerei Jos. Jeger, Breitenbach.
1934

Die rechtliche Stellung des Handlungsgehilfen in der Schweiz unter Berücksichtigung von Gewerberecht, Kollektivnormen und Verkehrssitte.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERREICHUNG DER WÜRDE EINES DOCTOR JURIS UTRIUSQUE
DER HOHEN JURISTISCHEN FALKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON
KARL ACKERMANN
AUS NEUKIRCH-EGNACH (THURGAU)

Buchdruckerei Jos. Jeger, Breitenbach.
1934

INHALTSÜBERSICHT.

Seite

I. Die Grundlagen 1
1. Die Rechtsquellen 1
2. Begriff des Handlungsgehilfen 15
3. Der Anstellungsvertrag 20

II. Pflichten des Handlungsgehilfen 26
1. Art und Umfang der Dienste 26
2. Sorgfaltspflicht und persönliches Verhalten 34

III. Pflichten des Dienstherrn 39
1. Die Lohnpflicht (Pauschallohn) 39
A. Fester Lohn 39
a) Lohnhöhe und Zahltag 39
b) Verhinderung und Beurlaubung 48
B. Variable Lohnformen 55
2. Andere Pflichten 62

IV. Die Beendigung des Dienstverhältnisses . . . 67
1. Allgemeines 67
2. Die ordentliche Kündigung 71
3. Die ausserordentliche Kündigung 77

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

(Weitere Nachweise in den Anmerkungen)

1. Allgemeine und Spezialliteratur.

Abt, Der Dienstvertrag (nach Vorträgen vor Mitgliedern des gewerblichen Schiedsgerichtes Basel) 1923.

Bachmann, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht (in Schneider & Fick, II.) 1915.

Becker, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, I. 1919, II. 1923.

Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichtes in Zivilsachen.

Boos, Der Gesamtarbeitsvertrag, 1916.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1920.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum deutschen HGB, 2. Aufl. 1908.

Egger, Kommentar zum Personenrecht, 1. Aufl. 1911, 2. Aufl. 1930.

Fick, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht. Bd. I. 1915.

Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923.

Germann, Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung.

Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse (Jherings Jahrbuch 1914).

Gmür, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1910.

Grässli, Die ausserordentliche Kündigung des Dienstvertrages, Diss. Bern 1929.

Guggisberg, Die Konkurrenzklausel, 1907.

Hafner, Kommentar zum alten OR, 1905.

Hecht, Die Prinzipien des Arbeitsrechtes der Gegenwart, 1921.

Herzfeld, Zeitschrift für das gesamte Arbeitsrecht, hgg. von Potthoff.

Horand, Kommentar zum Normalarbeitsvertrag für Handelsreisende, 1931.

Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen, 1905.

Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB, 2. Aufl. 1914.

Hueck, Handbuch des Arbeitsrechtes, 1922.

Hug, Das Kündigungsrecht, 1926.

Landmann, Kommentar zur deutschen Gewerbeordnung, 1912.

Lang, Kommentar zum Dienstvertrag des OR, 1930.

Laur, Das Dienstzeugnis, 1922.

Lehmann-Ring, Kommentar zum deutschen HGB, 1914.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, I. 1902, II. 1908.

Merz, Die Fabrikordnung nach schweizerischem Fabrikgesetz, 1923.

Molitor, Der Arbeitsvertrag, 1925.

Oser, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 1915.

Pfenninger, Uebung und Ortsgebrauch, 1911.

Reichel, Kommentar zur Einleitung des ZGB, 1911.

Reinert, Der Entgelt im Arbeitsvertrag des Handelsangestellten, 1911.

Richard, Le contract de travail, 1913.

Rohr, Der Dienstvertrag in der gewerbegerichtlichen Praxis, 1925.

Rossel, Manuel du droit civil suisse, III. 1914.

Schmalenbach, Die Betriebsverwaltung, 1928.

Schmid-Horand, Kommentar zur Berner Uebereinkunft, 1919.
Schneider und Fick, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 1896.
Siegmund, Handbuch für schweizerische Handelsregisterführer, 1892.
Stammler, Lehre vom richtigen Recht, 1902.
Staub, Kommentar zum deutschen HGB, 1921.
Thalberg, Der Dienstvertrag nach schweizerischem OR, 1899.
Titze, Das Recht des kaufmännischen Personals (in Ehrenbergs Handbuch), 1918.
v. Thur, Der allgemeine Teil des BGB, I. 1910, II/1 1914, II/2 1918. Der allgemeine Teil des schweizerischen OR, 1924.
Ulrichs, Arbeitsordnung für Arbeiter gewerblicher Betriebe, 1921.
Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, hgg. vom eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement, Bd. I und II, 1925.

2. Periodica:

	Abkürzung:
Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen	HE
Bundesblatt, schweizerisches	BBl.
Entscheidungen des Bundesgerichtes	BGE
Jahresberichte der Gewerbegerichte der Stadt Bern	Gew. Ger. Bern
„ des gewerblichen Schiedsgerichtes Olten	Gew. Ger. Olten
„ des gewerblichen Schiedsgerichtes der Stadt Zürich	Gew. Ger. Zürich
Juristische Wochenschrift (Deutscher Anwaltsverein)	JW
Schweiz. Juristenzeitung	SJZ
Schweiz. kaufm. Zentralblatt	
Stenographisches Bulletin der schweiz Bundesversammlung (National- und Ständerat)	Sten. B. Nat. St. R.
Wirtschaftliche und sozialstatistische Mitteilungen, hhg. vom eidg. Volkswirtschaftsdepartement.	
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins	ZBJV
Zeitschrift für schweizerisches Recht	ZSR

3. Materialien.

Gesamtarbeitsvertrag zwischen:

Konsumverein Aarau und Verband der Handels-, Transport- und Lebensmittelarbeiter der Schweiz (V.H.T.L.) vom 1. Juni 1925.
Konsumverein Arbon und V.H.T.L. vom 1. Juli 1925.
Verband schweiz. Konsumvereine Basel und V.H.T.L. vom 1. Jan. 1921.
Cooperativa agricola Ticinese, Bellinzona und V.H.T.L. vom 1. Jan. 1926.
Konsumgenossenschaft Bern und V.H.T.L. vom 1. Mai 1924.
Konsumgenossenschaft Biel und V.H.T.L. vom 1. Jan. 1925.
Coopératives Réunis La Chaux-de-Fonds und V.H.T.L. vom 1. Jan. 1929.
Allgem. Konsumverein Erstfeld und V.H.T.L. vom 1. Jan. 1926.
Konsumverein Frauenfeld und V.H.T.L. vom 1. Juli 1920.
Konsumgenossenschaft Interlaken und V.H.T.L. vom 1. März 1929.

Allgem. Konsumverein Kreuzlingen und V.H.T.L. vom 1. Jan. 1929.

Konsumverein Olten und V.H.T.L. vom 1. April 1923.

Lebensmittelverein Romanshorn und V.H.T.L. vom 1. Juli 1920.

Konsumverein Rüti-Tann und V.H.T.L. vom 1. Juli 1922.

Allgem. Konsumgenossenschaft Schaffhausen und V.H.T.L. vom 1. Nov. 1922.

Konsumgenossenschaft Solothurn und V.H.T.L. vom 1. Juli 1923.

Konsumverein Turgi und V.H.T.L. vom 1. Jan. 1929.

Konsumverein Wetzikon und V.H.T.L. vom 1. Jan. 1927.

Konsumverein Winterthur und V.H.T.L. vom 1. Sept. 1922.

Konsumgenossenschaft Zofingen und V.H.T.L. vom 1. Juli 1920.

Lebensmittelverein Zürich und V.H.T.L. vom 1. Okt. 1922.

Bell A.-G. Basel und V.H.T.L. vom 20. Juli 1927.

Verein Basler Versicherungsgesellschaften und Basler Verband der Versicherungsangestellten vom 1. Jan. 1923.

Schweiz. Buchhändlerverein Bern und Schweiz. Buchhandlungsgehilfen-Verein vom 12. Aug. 1919.

Genossenschaft Sporthaus „Naturfreunde“ Zürich, Bern und V. H. T. L. vom 3. Mai 1929.

Normalarbeitsvertrag für Handelsreisende vom 1. Okt. 1931.

Normen betr. die Anstellungsverhältnisse der Bureauangestellten, gemeinsam aufgestellt vom Verband Zürcher Handelsfirmen, Zürich und dem Kaufmännischen Verein Zürich.

Einheitliche Dienst- und Besoldungs-Ordnung für das Bankpersonal, vereinbart zwischen den Vertretern der Banken der Bankplätze Basel, Bern, Luzern, St. Gallen und Zürich einerseits und denjenigen des Schweizerischen Bankpersonalverbandes andererseits, vom 16. Febr. 1920/30. November 1929.

Kaufmännischer Anstellungsvertrag, aufgestellt und empfohlen vom Zentralkomitee des Schweizerischen Kaufmännischen Vereins.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544728_0012

I. Die Grundlagen.

1. Die Rechtsquellen.

Wie kaum ein zweites Rechtsgebiet ist unser Arbeitsrecht durch eine Mannigfaltigkeit der Rechtsquellen ausgezeichnet. Nicht nur dem kantonalen Recht ist neben dem Bundesrecht Raum gegeben (Art. 362_2 OR), es wird vielfach auch auf die Uebung abgestellt (Art. 330, 333, 336, 338, 341, 344, 348, 353 OR). Ueberdies kommen Gesamtarbeitsverträge (Art 322), Normalarbeitsverträge (Art. 324) und Arbeitsordnungen (Art. 321) als normgebend in Betracht.

Bei dieser bunten Mannigfaltigkeit der Normung erscheint ein Abriss über die Rechtsquellen als Ausgangspunkt dieser Darlegungen umso notwendiger, als die Frage, welche Stellung den einzelnen genannten Kategorien von Vorschriften zukommt, keineswegs eindeutig beantwortet wird.

a. Bundesrecht und Kantonales Recht.

Das Obligationenrecht vom 30. März 1911 hat in seinem 10. Titel „Der Dienstvertrag" (Art. 319—362) eine Kodifikation des gesamten Dienstvertragsrechts beabsichtigt. Vorbehalten wurde in Art. 362 lediglich das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone über die öffentlichen Beamten und Angestellten, sowie die Bundesgesetzgebung über die Arbeit in den Fabriken und über das Gewerbewesen.

Das Fabrikgesetz vom 18. Juni 1914 ist grundsätzlich öffentlicher Natur, es enthält jedoch auch privatrechtliche Bestimmungen. Diese ordnen das Dienstverhältnis des Fabrikarbeiters. Das Angestelltenverhältnis im Fabrikbetrieb wird von diesem Sondergesetz nicht berührt. Es untersteht ausschliesslich dem OR, das übrigens als lex generalis auch für den Fabrikarbeiter gilt, insoweit nicht die lex specialis (Fabrikgesetz) besondere Vorschriften aufstellt.[1])

Ein eidgenössisches Gewerbegesetz ist bis heute nicht erflossen. Solange diese Lücke offen ist, steht es noch den Kantonen frei, Interimsrecht auf gewerblichem Gebiete zu schaffen, und haben die bisherigen Bestimmungen dieser Art Geltung. Im übrigen ist Gewerberecht öffentliches Recht und Art. 6_1 ZGB bestimmt: „Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt." Wenn daher auch ein eidgenössisches Gewerbegesetz in Kraft treten sollte, werden die Kantone durch das Bundeszivilrecht nicht gehemmt sein, in Gebieten, die ausser dem Gewerberecht noch dem öffentlichen Recht

[1]) Fick, Bem. 15 Art. 362, Bericht BR 1913, S. 7, SIZ 9, S. 126 ff.

angehören und zugleich Gegenstand der Tätigkeit des Bundeszivilgesetzgebers bilden, Normen aufzustellen und durch dieselben die Institute des Bundeszivilrechts auf ihrem Hoheitsgebiete zu ergänzen und zu verstärken.[1])

Die meisten Kantone haben von diesem Gesichtspunkte aus Lehrlingsgesetze u. Arbeiterinnenschutzgesetze erlassen.[2])

Durch seinen Charakter einer Gesamtkodifikation, der dem Dienstvertragstitel des OR im wesentlichen zukommt, unterscheidet er sich von der Regelung des gleichen Stoffes durch das deutsche BGB, die gegenüber der Fülle der Sonderrechte nur wie ein dürftiger Abriss sich darstellt. Das deutsche Recht kennt Sondernormen für Handlungsgehilfen (HGB §§ 66-72), Handlungslehrlinge (HGB §§ 77-78), für Gesellen und Gehilfen (GewO 122-125), gewerbliche Lehrlinge (GewO 127b, 127d - 127g), Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker (GewO 133a - 133c), Fabrikarbeiter (GewO 139aa) usw.

b. Der Normalarbeitsvertrag.

Neben dem Gesetz wirken normgebend die Normalarbeitsverträge (Art. 324). Man versteht darunter Musterverträge über einzelne Arten von Dienst- oder Lehrverhältnissen, aufgestellt durch den Bundesrat oder eine kantonale Verwaltungsbehörde nach Anhörung der beteiligten Verbände und Vereinigungen, deren Inhalt als Vertragswille angenommen wird, sobald keine Abweichungen schriftlich vereinbart werden. Der NAV soll dazu dienen, für bestimmte Arbeitsverhältnisse allgemeine Normen einzuführen, welche die Bestimmungen des Gesetzes (soweit sie nicht zwingender Natur sind) ergänzen oder ersetzen und deren Lücken ausfüllen.

Der NAV muss, um verbindlich zu sein, angemessen veröffentlicht werden (Art. 324,$_2$).

Musterverträge dieser Art stellen als Normalarbeitsverträge, weil sie von öffentlichen Behörden geschaffen werden, denen diese Zuständigkeit vom Gesetzgeber delegiert wird, objektives Recht dar.[3]) Sie sind nicht Ausfluss des freischaffenden Willens der Beteiligten, sondern staatliche Rechtssetzung. Ob die Anhörung der beteiligten Verbände Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift ist,[4]) haben wir es hier jedenfalls mit dem Erlass einer Behörde zu tun, die nicht etwa eine Einzelentscheidung trifft, sondern für alle künf-

[1]) Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 421 ff., Reichel, Einl. ZGB 6 Bem. 2, Gmür, Art. 6 Bem. 8.

[2]) Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, herausgegeben vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement I. S. 519 ff.

[3]) Oser, 324, Bem. 1, Beuler, 324, Bem. No. 1.

[4]) Nach herrschender Meinung: Ordnungsvorschrift, vgl. Oser, 324, Bem. 2c, Fick, Bem. 2, Becker, No. 4; anderer Meinung Hug, S. 126.

tigen Dienstverträge einer gewissen Kategorie und eines bestimmten Gebietes obrigkeitliche Normen setzt.

Diese Normen sind nachgiebiger Natur, stellen aber ein stärkeres dispositives Recht dar, als die Normen des OR über den Dienstvertrag, von denen nur wenige zwingend sind. Die stärkere Kraft der Normalarbeitsverträge gegenüber den nachgiebigen Normen des OR kommt darin zum Ausdruck, dass Abweichungen schriftlich festgelegt werden müssen (Art. 324 und 13).

Vom Recht, Normalarbeitsverträge aufzustellen, wurde bisher nur sehr spärlich Gebrauch gemacht. Durch Bundesratsbeschluss vom 25. November 1924 wurde ein NAV für das Grundbuchgeometergewerbe aufgestellt, der uns hier nicht weiter interessiert. Ein Vorentwurf des Bundesrates von 1912 zu einem NAV für das Hotelgewerbe ist nicht bis zum Bundesratsbeschluß gediehen. Dagegen hat er sich als Gebrauchs-Typenvertrag mit einigen Abänderungen gut eingebürgert. Mit Bundesratsbeschluss vom 7. Juli 1931 ist ein Normalarbeitsvertrag für Handelsreisende aufgestellt worden, der am 1. Okt. 1931 in Kraft getreten ist. Mit diesem werden wir uns im Verlaufe dieser Darlegungen näher zu befassen haben.

Die Kantone haben von der Befugnis des Art. 324 OR auf dem Gebiete des Lehrvertrages Gebrauch gemacht. Hingegen hat das Genfer Einigungsamt, dem vom kantonalen Recht diese Befugnis eingeräumt ist, mehrere Normalverträge aufgestellt, unter einem in das hier zu behandelnde Gebiet fallenden NAV für das Genfer Bankpersonal (28. VII. 1930).

c. Der Gesamtarbeitsvertrag.

Unter Gesamtarbeitsvertrag versteht Art. 322 einen Vertrag von Arbeitgebern oder Arbeitgebervereinigungen mit Arbeitern oder Arbeitervereinigungen, durch welchen bestimmte Vorschriften für die Dienstverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeiter aufgestellt werden.

Ueber die Rechtsnatur dieses Gebildes spricht sich das OR nicht aus. Das deutsche Recht hat den gleichgestalteten Tarifvertrag im wesentlichen als bloss obligatorischen Vertrag behandelt und keineswegs als Rechtsquelle anerkannt. Eine der ersten gesetzgeberischen Taten der Revolutionsregierung (Vdg v. 23. Dez. 1918 RGBl, S. 1456) war dagegen die Anerkennung des Tarifvertrages als objektive Ordnung.[1])

In der schweizerischen Literatur kann die Auffassung des Gesamtarbeitsvertrages als Quelle objektiven Rechts als

[1]) Hueck, Das Recht des Tarifvertrages 1920.

herrschende erachtet werden,[1]) wobei nicht verkannt wird, dass der GAV nicht nur normative, sondern auch obligatorische Wirkungen hat. Es gehen nämlich aus ihm ausser den Vorschriften objektiven Rechts auch gegenseitige Ansprüche und Rechte der Parteien hervor. Diese der Privatautonomie entspringenden Normen werden auch als korporative Normen, Korporativrecht, bezeichnet.

Als Form wird für den GAV Schriftlichkeit verlangt (Art. 322,₂). Die Wirkung ist nach Art. 323 seine Unabdingbarkeit, d. h. die bindende Geltung für die Beteiligten. Beteiligt sind diejenigen, welche den GAV selbst abgeschlossen haben oder Mitglieder der normgebenden Verbände sind. Nachträglich in einem normgebenden Verband eintretende Personen werden mit der Entstehung der Verbandsmitgliedschaft der Norm unterworfen. Die gleiche Stellung kann auch durch freiwillige Unterwerfung begründet werden.[2])

Eine Erstreckung des Geltungsbereiches auf Nichtbeteiligte, die sog. Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit, wie sie die deutsche Vdg. vom 23. Dez. 1918 vorsieht, kennt das eidg. Arbeitsrecht gegenwärtig noch nicht. Dass es aber für das geltende Recht nicht in Frage käme, wie Hug[3]) behauptet, stimmt nicht ganz. Das baselstädtische Arbeitszeitgesetz von 1920 kennt z. B. in § 13 folgende Bestimmung:

„Wenn in einem Erwerbszweig durch Gesamtarbeitsvertrag eine Regelung der Arbeitszeit innerhalb der Vorschriften dieses Gesetzes besteht, und daran wenigstens je zwei Drittel der Arbeitgeber und Arbeitnehmer beteiligt sind, so ist der Regierungsrat ermächtigt, auf Begehren der Beteiligten, diese Arbeitszeitregelung für den betreffenden Erwerbszweig allgemeinverbindlich zu erklären".

Es ist nicht unsere Aufgabe zu untersuchen, ob nicht diese Bestimmung einen Eingriff in Bundeszivilrecht darstellt, da es sich nicht um eine Arbeitszeitnormierung im öffentlichen Interesse handelt, sondern im Interesse von Parteien und Beteiligten eines Erwerbszweiges. Jedenfalls erscheinen uns derartige Bestimmungen als ein Fingerzeig für die Richtung der weiteren Entwicklung des Arbeitsrechts.

---

[1]) Boos, S. 108, Richard, Contrat de travail 213, Oser 322 Bem. I 3 Huber, Sten. Bull. Nat. Rat 09, S. 595 ff, Hoffmann, Sten. Bull. St. Rat. 1910, S. 201 f., Hug, S. 116, Gew. Ger. Bern Jahresber. 1920 No. 8; anderer Meinung Becker, 322/23, Bem. No. 1, v. Thur, OR I S. 121 f., die dem Vertrag nur schuldrechtlichen Charakter zusprechen n. Wackernagel Z. schweiz. RN. F. Bd. 49, der ihn als eine Art Verbandsrecht anspricht.

[2]) Boos, 239 f., Lang, Bem. 1, Fick, Bem. 36, Art. 322.

[3]) Hug, S. 122; vgl. auch unter lit. e hernach.

Die zwingende Kraft der Normen eines GAV geht soweit, dass ihn widersprechende Bestimmungen in Dienstverträgen, die unter der Herrschaft eines GAV stehen, unmittelbar durch die Bestimmungen des GAV ersetzt werden (automatische Wirkung), Art. 323.

Die Normunterworfenheit ist für die Dauer des GAV unlöslich. Man kann sich ihr nicht etwa durch Austritt aus dem Verbande entziehen. Sie endet vielmehr erst mit Ablauf der Geltungsdauer des GAV. Ist diese nicht bestimmt, so kann nach Ablauf eines Jahres jederzeit auf sechs Monate gekündigt werden (Art. 322_{3}).

Vom GAV zu unterscheiden sind Normenverträge nicht zwingender Natur, d. h. Verträge zwischen Organisationen, die gewisse Grundsätze für künftige Dienstverhältnisse festsetzen, welche die Mitglieder ohne Rechtspflicht zur Anwendung zu bringen sich vornehmen.

Der GAV spielt im Gegensatz zum NAV in der Schweiz eine bedeutende Rolle bei der Gestaltung des Dienstverhältnisses. Nach einer vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit auf den 31. Mai 1929 durchgeführten Bestandaufnahme sind 303 Gesamtarbeitsverträge festgestellt worden, abgeschlossen durch 9388 Firmen mit 64'786 durch diese Verträge gebundenen Arbeitern.[1])

Die Verträge betreffen meist gewerbliche Arbeiter in folgenden Industrien, bezw. Gewerben: Steinbrüche, Gartenbau, Herstellung von Nahrungs- und Genussmitteln, Bekleidungs- und Reinigungsgewerbe, Lederwarenindustrie, Baugewerbe, Holz- und Glasbearbeitung, Textilindustrie, Buchbinderei, Metall- und Installationsgewerbe, Uhrenindustrie, graphische Gewerbe, Verkehr, Theater und Kinos, öffentliche Dienste.

Eine Gruppe der GAV betrifft aber auch die Handelsgewerbe. Auf diesem uns hier interessierenden Gebiete ist am 11. Dez. 1918 ein umfassender Gesamtarbeitsvertrag abgeschlossen worden, den 46 Arbeitgeberverbände ratifiziert haben. Er ist aber bei Ablauf (31. Dez. 1920) nicht wieder verlängert worden. Im Laufe des Jahres 1919 kamen noch einige kleinere GAV hinzu, die gleichfalls von kurzer Lebensdauer waren. Von den im Jahre 1929 amtlich festgestellten 303 GAV entfallen 37 Verträge auf Handelsgewerbe. Die anderen Verträge betreffen nur gewerbliche Arbeiter der vertragschliessenden Firmen und beziehen sich nicht auf die bei den gleichen Firmen (meist in geringer Anzahl) beschäftigten Handlungsgehilfen. An diesen 37 Verträgen sind 384 Firmen mit 3'848 Arbeitsnehmern beteiligt. 34 dieser Verträge sind

[1]) Vgl. Wirtsch. und sozialstat. Mittlg. Heft 3, S. 125 ff., Heft 12, S. 401 ff.

Firmenverträge, d. h. solche, an die eine einzelne Firma gebunden ist, 2 sind Kantonalverträge, d. h. mit dem Geltungsbereich für mehrere Kantone, einer ist sogar ein Landesvertrag, da sein Geltungsbereich die ganze Schweiz umfasst.

Der weitaus grösste Teil dieser Gesamtverträge (28) betrifft die Dienstverhältnisse im Lebensmittel- und Brennmaterialhandel, insbesondere Konsumvereine, 6 Verträge betreffen das Gastgewerbe, Volkshäuser, je einer das Versicherungsgewerbe, den Buchhandel und eine Gesellschaft für Naturfreunde.[1])

Ebenso ist der grösste Teil der Verträge (33) einseitig korporativ, d. h. geschlossen zwischen einer oder mehreren Firmen einerseits und einem Arbeitsnehmerverband oder mehreren Arbeitnehmerverbänden andererseits. Er umfasst 2'745 Arbeitnehmer. Drei Verträge sind zweiseitig korporativ, sie spielen auf beiden Seiten zwischen Verbänden und umfassen 1'058 Arbeitnehmer, ein Vertrag stellt sich als Hausvertrag dar, da er zwischen einer Firma und ihrer Arbeiterschaft abgeschlossen ist (45 Teilnehmer).

Inhaltlich enthalten sämtliche 37 Verträge Bestimmungen über Lohn und Arbeitszeit, sowie über Ferien, 31 Verträge enthalten auch Bestimmungen über Ueberzeit und Nachtarbeit, 24 über Sonn- und Feiertagsarbeit, 14 über Samstagnachmittagsarbeit, 31 über Lohnzahlung während der Militärzeit, 35 über Entschädigung wegen Krankheit, 24 über Einigungs- und Schiedswesen.

Auf diese Bestimmungen wird im folgenden näher einzugehen sein, ebenso auf die Frage, inwiefern ihnen eine über den Bereich der vertraglich gebundenen Parteien hinausgehende Bedeutung zukommt.

d. Die Arbeitsordnung.

Zu den rechtlichen Grundlagen des Dienstvertragsrechtes gehört auch die Arbeitsordnung. Art. 321 bestimmt, dass eine einheitliche Arbeits- oder Hausordnung vom Dienstherrn aufgestellt werden kann, die für den Dienstpflichtigen verbindlich wird, wenn sie schriftlich aufgesetzt und ihm vor seiner Anstellung zur Kenntnis gebracht worden ist.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Arbeitsordnung einseitig vom Dienstherrn bestimmt wird. Sie ist nicht das Ergebnis eines Zusammenwirkens von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Letzterem wird sie einfach in schriftlicher Fassung (Formvorschrift!) zur Kenntnis gebracht. Unterwirft er sich ihrer Herrschaft, so ist er daran gebunden.

---

[1]) Im 2. Abschnitt dieses Kapitels wird näher auszuführen sein, dass auch nichtkaufmännische Gewerbe kaufmännische Angestellte haben können.

Ein blosser Anschlag im Arbeitsraum genügt an sich wohl nicht. Unterlässt es aber der Dienstpflichtige, das Verhältnis auf den nächsten Termin zu kündigen, so unterwirft er sich damit stillschweigend der Arbeitsordnung. Das gleiche gilt für den Fall der Abänderung der Arbeitsordnung.[1]) Ueber den zulässigen Inhalt der Arbeitsordnung stellt Art. 321 keine Vorschrift auf.[2])

Die Rechtsnatur der Arbeitsordnung ist umstritten.[3]) Die Auffassung als Offerte zum Einzelarbeitsvertrag, die durch ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Dienstpflichtigen verbindlich wird (Becker 1. c.) trifft kaum das Richtige. Die Arbeitsordnung, die der Gesetzgeber mit der Hausordnung in einer Linie stellt, wie er sie als Familieninstitut (ZGB 332), auch als Anstaltsordnung (OR 524,3) kennt, stellt sich vielmehr als eine Betriebssatzung dar. Der Herrschaftsverband des Betriebes wird ausschliesslich durch den Willen seines Hauptes, des Dienstherrn, bestimmt.[4])

Eine Abart der fakultativen Arbeitsordnung ist die obligatorische Fabrikordnung (Fabrikgesetz 11), die für die hier behandelte Kategorie von Dienstverträgen nicht in Betracht kommt.

In der Praxis werden die Dienstordnungen verschieden bezeichnet: Dienstreglement, Dienstordnung, Hausordnung u. dgl. m. Die Bezeichnung darf aber nicht als massgebend erachtet werden, sondern der Inhalt und vor allem die Art der Aufstellung. Entscheidend ist die einseitige Aufstellung durch den Dienstherrn und die einheitliche (nicht individuelle) Geltung für das Personal des Betriebes.

So ist z. B. das „allgemeine Dienst- und Gehaltsreglement für das Personal des Allgemeinen Konsumvereins beider Basel" von 1929 eine Arbeitsordnung, trotzdem sie auch Gehaltsskalen, andere Lohnbestimmungen und Kündigungsfristen enthält. Hingegen ist die „Einheitliche Dienst- und Besoldungsordnung für das Bankpersonal", vereinbart zwischen den Vertretern der Banken der Bankplätze Basel, Bern, Luzern, St. Gallen und Zürich einerseits und denjenigen des schweizerischen Bankpersonalverbandes andererseits (vom 30. Nov. 1929) keine Arbeitsordnung, weil sie einen zweiseitigen Vertrag darstellt. Sie ist aber auch kein Gesamtarbeitsvertrag, weil sie nicht als für die Vertragsparteien

---

[1]) Lang, Bem. 2, Art. 321.

[2]) Molitor, in Arb. R. X S. 321 ff.; Ulrich Arbeitsordnungen S. 9 ff., Becker, Bem. 3 Art. 321.

[3]) Egger, Bem. 2a Art. 332. ZGB

[4]) Herfeld in Arb. R. VI S. 110 ff., Merz S. 6 ff., Sten. Bull. Nat. Rat 1913 S. 256, Hug, S. 128.

unbedingt verbindlich gedacht wurde. Ihr Zweck ist vielmehr Normen aufzustellen, für deren Annahme die Delegationen je in ihrem Kreise hinwirken wollen.

e. Die Verkehrssitte.

Es wurde bereits hervorgehoben, dass bei der gesetzlichen Regelung des Dienstverhältnisses vielfach auf Uebung und Ortsgebrauch hingewiesen wird. Insbesondere handelt es sich um folgende Verweisungen:

1) Art. 330 verpflichtet den Dienstherrn den Lohn zu entrichten, der vereinbart oder „üblich" . . . ist;
2) Art. 333 stellt für den Zahltag auf Vereinbarung oder Uebung ab;
3) Art. 336 spricht von Mehrarbeit über das „übliche" Mass hinaus;
4) Art. 338 verpflichtet den Dienstherrn, den Dienstpflichtigen mit dem Werkzeug und Material auszurüsten, wo es nicht anders verabredet oder „üblich" ist;
5) Art. 341 stellt in Bezug auf die Freizeit auf Uebung ab;
6) Art. 344 lässt in gewissen Dienstverhältnissen den Unterhalt einen Teil der Löhnung bilden, wo es nicht anders verabredet oder „üblich" ist.
7) Art. 353,$_2$ lässt bei Bestimmung der vermögensrechtlichen Folgen des Rücktrittes richterliches Ermessen zu, unter Würdigung der Umstände und des „Ortsgebrauches".

Diese verhältnismässig zahlreichen Verweise lassen die Bedeutung erkennen, die der Sitte in Bezug auf die Gestaltung des Dienstverhältnisses eingeräumt ist. Es fragt sich nun vor allem: was ist „Uebung" und „Ortsgebrauch"?

Das Gesetz gibt nirgends eine nähere Umschreibung dieser beiden Begriffe. Es verwendet daneben auch die Ausdrücke „Herkommen" (ZGB 331), „landesüblich" (ZGB 579). Synonym scheint der Gesetzgeber Uebung und Ortsgebrauch nicht aufzufassen, da er, wie auch aus den zitierten Artikeln folgt, sie verschieden verwendet. Nach Pfenninger[1]) entspricht die Unterscheidung zwischen Uebungen und Ortsgebräuchen zwei verschiedenen Methoden, die Sitten einzuteilen, nämlich in allgemeine und partikuläre, in generelle und spezielle. „Ortsgebrauch" werde die partikuläre, „Uebung" die spezielle Sitte genannt. Partikulär sei eine Sitte dann, wenn sie innerhalb eines durch irgend ein gemeinschaftliches Band verbundenen territorialen Kreises geübt wird, z.B. von einer besonderen

[1]) Pfenninger, S. 50.

Lebensgemeinschaft (Beruf, Stand usw.). Der Gegensatz zum Ortsgebrauch sei die allgemeine, der Gegensatz zur Uebung die generelle Sitte.

Wir finden diese Unterscheidung reichlich unklar. „Allgemein" und „generell" bedeuten doch das gleiche! Im übrigen gibt Pfenninger unmittelbar darauf zu, dass eine wirkliche Trennung kaum möglich ist, da es sich in beiden Fällen um reine Qualitätsunterschiede handle. Richtiger erscheint uns „Uebung" als Bezeichnung dessen, was in einem bestimmten Personen- oder Berufskreise, „Ortsgebrauch", was an einem bestimmten Orte als Sitte gehandhabt wird.[1]) Uebung und Ortsgebrauch bezeichnen somit Sitten einer professionell oder territorial bestimmten Gemeinschaft, wobei aber die Sitte einer professionell bestimmten Gemeinschaft territorial verschieden sein kann. Eine scharfe Abgrenzung erscheint daher kaum möglich.

Beide Begriffe lassen sich vielleicht am besten unter den Oberbegriff Verkehrssitte zusammenfassen.[2]) Es handelt sich dabei zunächst um etwas Tatsächliches, um eine Gewohnheit, ein gleichförmiges Verhalten. Einem solchen kommt keine verbindliche Kraft zu. Aber die Tatsache, dass einer gewissen Verkehrssitte nachgelebt wird, verleiht dieser eine normative Funktion. Sie äussert sich rechtlich darin, dass die Parteien sich einer Verkehrssitte vertragsmässig unterwerfen können. Eine solche Unterwerfung liegt vor, wenn nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes sich ergibt, dass die in Betracht kommende Verkehrssitte zur lex contractus gemacht wurde.

Besonders wichtig ist es, dass die Unterwerfung auch stillschweigend geschehen kann, da das OR eine Abrede, wonach die Verkehrssitte zum Vertragsinhalt gemacht wird, an keine Form bindet. Eine soche stillschweigende Vereinbarung nimmt die in Literatur und Praxis herrschende Anschauung an, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind: Die Feststellung einer bestimmten, allgemein gehandhabten Verkehrssitte, ihre Kenntnis durch die Parteien, der Mangel einer anderweitigen Abrede[3]).

Es liegt auf der Hand, dass es in solchen Fällen nicht erst eines gesetzlichen Verweises auf die Verkehrssitte bedarf, um sie zur Anwendung zu bringen. Sie ist ein Interpretationsmittel der Parteivereinbarung und dient zur Ergänzung und Auslegung der Rechtsgeschäfte.

---

[1]) Egger. 1. Aufl. N 5, Art. 5 ZGB.

[2]) Wir möchten durch die Wahl dieser Bezeichnung keine Stellung beziehen zum Begriffe der Verkehrssitte nach §§ 157, 242 BGB.

[3]) Oser, SIZ V, S. 223, Huber, Sten. Bull. Nat. Rat 1909, S. 675 Praxis BG 10, S. 336, Gewerbegericht Bern Jahresl. 1912, S. 16, 20, 1913, S. 20, 1914, S. 25, 27, 1915, No. 8, 1921, No. 5 und 7, Gewerbegericht Olten, SIZ 15, S. 333.

Anders liegt der Fall, wo der Gesetzgeber die Verkehrssitte ausdrücklich in seinen Dienst stellt. Durch ausdrückliche Verweisungen auf diese Sitte fügt der Gesetzgeber den starren Formen des Gesetzes gewissermassen lebendige Bestandteile ein, er macht das Gesetzesrecht durch gewohnheitsmässige Einbauungen den zeitlich und örtlich sich ändernden Lebensverhältnissen anpassungsfähig. Die Verkehrssitte erhält durch einen solchen Verweis eine normative Bedeutung im Rechtssinn, sie wird für die richterliche Entscheidung verbindlich, sie stellt mittelbares Gesetzesrecht dar.[1])

Gesetzesvorschriften, die auf Uebung und Ortsgebrauch verweisen, stellen Blankettgesetze dar, auf deren leeren Raum jeweilen die dem Gegenstand nach zeitlich und örtlich in Betracht fallende Sitte ihre Regel einzeichnet. Diese Regel wird zum Bestandteil des Gesetzes, sie dient nicht mehr wie die im Gesetz nicht angerufene Verkehrssitte nur der Interpretation und Ergänzung des Parteiwillens, sie ist nicht Konventionalregel, ihre Geltung ist vom Wissen oder Nichtwissen der Parteien unabhängig, wie jeder objektive Rechtssatz.[2])

Sie ist deshalb aber noch nicht Gewohnheitsrecht. Für ihre Geltung genügt die Tatsächlichkeit der Uebung, ohne dass Rechtsüberzeugung (opinio necessitatis) hinzutreten müsste. Sie ist daher viel beweglicher wie das Gewohnheitsrecht. Vom reinen Gesetzesrecht unterscheidet sich die Verkehrssitte dadurch, dass sie als tatsächliche Uebung abgeändert, aufgehoben und wieder neueingeführt werden kann, ohne dass es dazu gesetzgebender Akte bedürfte.

Soweit folgen wir der herrschenden Meinung. Es ist aber unseres Erachtens in jedem einzelnen Falle auch genau darauf zu sehen, ob der Gesetzgeber, der die Verkehrssitte anruft, sie wirklich zum objektiven Recht erheben will, also zu einer Norm, die der Richter von Amtes wegen anzuwenden hat, oder ob er durch seine Ausdrucksweise zu erkennen gibt, dass er auf die Verkehrssitte nur als einer Konventionalregel hinweist zur Auslegung des Parteiwillens. Der schweizerische Gesetzgeber will nämlich volkstümlich sein und in diesem Bestreben scheut er sich nicht, zur Erleichterung des Verständnisses oft ausdrücklich zu sagen, was auch ohne eine solche Bestimmung gelten dürfte. Als Beispiel sei OR 267 angeführt, wo davon gesprochen wird, dass eine Mietsdauer weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart wurde. „Vereinbart" allein würde genügen, da nach OR 1 eine Willensäusserung sowohl ausdrücklich als stillschweigend erfolgen kann.

---

[1]) Pfenninger, 63 ff., der sie aber dem Gewohnheitsrecht gleichstellt, Egger, No. 17,Art. 5 ZGB; Stammler, Lehre v. richt. Recht, S. 391, Rossel Manuel, I 71.

[2]) v. Thur, S. 4, Becker, Anm. 13, Art. 18 OR.

Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt die Dienstvertragsnormen, so muss zunächst auffallen, dass Art. 353_2 den Richter anweist, die vermögensrechtlichen Folgen des Rücktritts vom Dienstvertrage nach seinem Ermessen zu bestimmen, „unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches". Aus dieser Fassung geht unzweifelhaft hervor, dass der Ortsgebrauch hier unmöglich als Rechtsregel angesehen werden kann. Der Entscheid steht vielmehr im freien Ermessen des Richters, der Gesetzgeber empfiehlt nur neben der Würdigung der Umstände im allgemeinen auch noch den Ortsgebrauch als weiteren Umstand.[1])

Aber auch in den Art. 333, 338 und 344, in denen auf das verwiesen wird, was üblich ist, kann aus dem Verweis kaum darauf geschlossen werden, dass die Uebung im Sinne einer vom Wissen oder Nichtwissen der Parteien unabhängigen objektiven Rechtsregel gemeint ist. Ihre systematische Stellung erhält hier nämlich die Uebung angewiesen durch die Gleichstellung mit dem Vertrag („vereinbart oder üblich", „vertraglich bestimmtes oder übliches Mass", „verabredet oder üblich").

Diese Gleichstellung will unseres Erachtens nichts anderes besagen als „ausdrücklich oder unter stillschweigender Bezugnahme auf die Uebung" vereinbart. Es geht dies schon daraus hervor, dass nach Art. 333, 338 und 344 der Gesetzgeber eine selbständige Regel aufstellt, die aber durch Verabredung oder Uebung wegbedungen und abgeändert werden kann. Wenn die Uebung also gleich dem Vertrage dem Gesetz vorgeht, so ist sie eben Vertragsbestandteil und nicht Rechtsregel. Der Gesetzgeber kann doch kaum die Absicht gehabt haben, für die Entscheidung derselben Frage zwei gesonderte Rechtsregeln mit gestaffelter Kraft zu setzen!

Das hat praktisch zur Folge, dass die Uebung nur berücksichtigt werden kann, wenn sie die Parteien bei Abschluss des Vertrages als solche gekannt haben.

Es bleiben sonach nur die Art. 330, 336 und 341 übrig, wo das Gesetz selber keine Regel aufstellt. Die Entscheidung der Rechtsfrage wird zwar in Art. 330 und 336 gleichfalls dem Vertrag oder der Uebung überlassen, allein es liegt auf der Hand, dass hier Uebung im Sinne einer das Gesetz substituierenden objektiven Regel gemeint ist. Bestimmt nämlich der Vertrag nichts, so bleibt eben nur noch die Uebung als Entscheidungsnorm übrig, und in diesem Falle kann es gleichgültig sein, ob sie den Parteien

[1]) Pfenninger, S. 74, der aber für die Fälle, wo Uebung gleich Konventionalregel ist, die Bezeichnung Verkehrssitte wählt, als ob dieselbe Uebung nicht in einem Falle Vertragsbestandteil, im anderen objektives Recht sein könnte.

bekannt war oder nicht. Fehlt es auch an einer Uebung, so müsste Gewohnheitsrecht zur Anwendung kommen, in Ermangelung eines solchen richterliche Rechtsfindung, also immer objektives Recht. Wir haben hier demnach nur die Alternative: Vertrag oder Rechtssatz.

In Art. 341 fehlt überhaupt der Hinweis auf einen Vertrag, so dass Uebung hier nur den Sinn einer objektiven Regel haben kann.

Zusammenfassend möchten wir somit in den sieben Fällen, in denen das Dienstvertragsrecht von Uebung und Ortsgebrauch spricht, eine dreifache Gruppierung vornehmen:

1. Fälle, in denen die Verkehrssitte nur ein Orientierungsmittel des richterlichen Ermessens bildet (Art. $353_{,2}$: Rücktrittsentschädigung).

2. Fälle, in denen die Verkehrssitte Vertragsbestandteil ist (Art. 333, 338, 344: Zahltag, Dienstwerkzeuge, Naturalentlöhnung).

3. Fälle, in denen diese Sitte Rechtsnorm bildet (Art. 330, 336, 341: Lohnhöhe, Mehrarbeit, Freizeit).

Ohne den näheren Ausführungen der weiteren Kapitel vorzugreifen, möchten wir hier nur folgende allgemeine Bemerkungen noch anfügen.

In den Fällen, wo die Verkehrssitte nur zur Interpretation und Ergänzung des Parteiwillens dient, dürfte für die Regel des Art. $5_{,2}$ ZGB kaum Raum sein. Diese Regel lautet:

„Wo das Gesetz auf die Uebung oder Ortsgebrauch verweist, gilt das bisherige Recht als deren Ausdruck, solange nicht eine abweichende Uebung nachgewiesen ist."

Da es sich in den Fällen ad 2 nicht um eine objektive Rechtsregel, sondern um Parteiwillen in der Form einer Bezugnahme auf Verkehrssitte handelt, müsste die Kenntnis des alten kantonalen Privatrechts bei den Vertragsparteien vorausgesetzt werden, was kaum zutreffen wird. Die Regel des Art. $5_{,2}$ ZGB erweist sich daher nur als anwendbar in den Fällen ad 3, wo die Anwendung der Uebung vom Parteiwillen unabhängig ist.

Hingegen werden in den Fällen ad 2 die Bestimmungen, die in Gesamtarbeitsverträgen festgesetzt sind, im gleichen Gewerbezweig auch für Nichtbeteiligte als Ausdruck der Uebung grösste Bedeutung erlangen. Damit kommen wir auf die bereits berührte Frage der allgemeinen Verbindlichmachung von GAV zurück. Das geltende Bundesrecht sieht eine solche Verbindlichmachung nicht vor. Der bundesrätliche Entwurf zum OR von 1905 (Art. 1371^{ter}) wollte öffentlich bekannt gemachte Tarifverträge auch auf die nicht darauf verpflichteten Arbeitgeber und Arbeiter desselben Berufszweiges und derselben Gegend verbindlich erklären, soweit diese

in ihren Dienstverträgen nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren.

Die nationalrätliche Kommission hat aber diese Bestimmung gestrichen mit der Motivierung, dass der Richter ohnehin die Lücken in den einzelnen Dienstverträgen nach denjenigen ausfüllen wird, was sonst in der Gegend üblich ist, wobei er die beständigen Tarifverträge, wo sie als Ausdruck der allgemeinen Auffassung betrachtet werden können, auf andere Kreise anwenden wird.

Noch ein zweites Mal hat der Bundesrat versucht, die zwangsweise Verbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen für weitere Kreise durchzusetzen: im Entwurf betr. die Ordnung des Arbeitsverhältnisses vom 4. April 1919. Gemäss Art. 3, Abs. 2 dieses Entwurfes zu einem Bundesbeschluss (nicht Bundesratsbeschluss) sollte der Bundesrat befugt sein, wenn ein unverkennbares Bedürfnis vorhanden ist, auf Antrag der Lohnstelle und nach Anhörung der beteiligten Berufsverbände Gesamtarbeitsverträge auch für die ihnen nicht beigetretenen Angehörigen der betreffenden Erwerbsgruppen verbindlich zu erklären. Im Jahre 1920 liess ferner der Bundesrat vom eidg. Arbeitsamt einen Vorentwurf zu einem Bundesgesetz betr. die Verbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen ausarbeiten.

Obschon die beiden Entwürfe liegen geblieben waren, hat der Bundesrat die Verfolgung dieses volkswirtschaftlich erwünschten Zweckes nicht aufgegeben. In Einzelfällen ist in der Folge die Verbindlicherklärung von GAV auch bundesrechtlich vorgesehen worden, zuletzt durch Bundesbeschluss vom 13. Oktober 1922 betr. staatliche Hilfeleistung für die schweizerische Stickereiindustrie, Art. 3, Abs. 1: „Der Bundesrat kann Verträge, die zwischen wirtschaftlichen Verbänden über Stichpreise oder Löhne abgeschlossen wurden, für die betreffenden Erwerbsgruppen allgemein verbindlich erklären." Aber auch die Praxis nimmt mehr und mehr an, dass die Bestimmungen eines GAV als „Uebungen" betrachtet werden müssen, und daher auch auf Nichtbeteiligte Anwendung zu finden haben, wenn sich ihnen die Vertragsparteien unterworfen haben. Eine stillschweigende Unterwerfung müsse dann angenommen werden, wenn den Parteien bei Eingehung des Dienstverhältnisses die Existenz und die Bestimmungen eines GAV bekannt gewesen seien und sie eine anderweitige Regelung nicht getroffen hätten[1])

[1]) BGE 43 I 288 ff, Gew. Ger. Bern, Jahresb. 1912, S. 16, 1913, S. 20, 1914, S. 25, 27, 1915, S. 18, 1921, S. 20 1926, S. 15, 16. 17, Gew. Sch. Ger. Olten Verw. Ber. 1918, S. 47 f., Gew. Sch. G. St. Gallen, Ber 1912, S. 283, vgl. auch Huber in Sten. Bul. Nat. Rat 1909, S. 596, Brenner, in St. B. Nat. Rat 1909, S. 616, Brüstlein in St. B. Nat. Rat 1909, S. 623 f, Hoffmann in St. B. Ständerat 1910, S. 203, Huber in SIZ 6, S. 122, Adler in SIZ 9, S. 64, Lang in ZSR 50, S. 589, Brodbeck in ZSR 50, S. 648, SIZ 9, S. 389.

Insbesondere wendet Bern die Normen der GAV als Uebungen bei Lohn-, Freizeit und Ferienfragen an, sobald eine örtliche Mehrheit von am GAV beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern offensichtlich vorhanden ist. Bern geht aber noch weiter und nimmt diese Normen auch für Verhältnisse in Anspruch, wo das Gesetz nicht auf Uebungen abstellt, z. B. bei Kündigungsfragen, und zwar als stillschweigenden Dienstvertragsinhalt, sobald nur die Kenntnis der GAV-Bestimmungen konstatiert werden kann[1])

Selbst in den Fällen ad 3, in denen die Verkehrssitte Rechtsnorm bildet (unabhängig von der Kenntnis der Parteien) dürften für den Dienstvertrag die Normen des alten kantonalen Privatrechts wohl selten in Frage kommen. Die Norm des kantonalen Rechts hat sich infolge der Bestimmung des Art. 5,2 ZGB in eine blosse Kunde verwandelt, die Mitteilung einer Tatsächlichkeit, eben des Ortsgebrauches im Kanton. Er ist nur noch Ausdruck der Uebung. Deshalb lässt die genannte Bestimmung den Nachweis zu, dass die tatsächliche Uebung dem früheren Rechte nicht oder nicht mehr entspreche.[2])

Dies gilt auch dann, wenn die Kantone die einschlägigen Bestimmungen ihres alten Rechtes in die Einführungsgesetze herüber genommen haben. Die Kantone haben aber dieses Verfahren nur für einige besonders wichtige Verweisungen in Anwendung gebracht, unter denen Dienstvertragsrecht sich nicht befindet. Im übrigen mussten sie auch diese Bestimmungen als Ortsgebrauch kenntlich machen. Ausgeschlossen ist, dass die Kantone auch weiterhin auf diese Weise dem Ortsgebrauch Ausdruck verleihen dürfen.

Was die Rangordnung aller dieser Quellen des Dienstvertragsrechtes anbetrifft, ist zu merken:

Für ein bestimmtes Dienstverhältnis sind massgebend zunächst zwingende Normen des OR, sodann die Normen eines GAV, sobald das Verhältnis unter der Herrschaft eines solchen steht, dann die schriftliche Parteiabrede, dann die Normen eines ev. NAV, in weiterer Linie die nicht schriftliche Parteiabrede, insbesondere die stillschweigende Unterwerfung unter eine Uebung, dann die Arbeitsordnung. Erst wenn sich aus diesen Quellen keine Bestimmung ergibt, kommen die dispositiven Normen des OR, bezw. die von ihnen angerufene Uebung (Verkehrssitte) zur Anwendung.

---

1) Gew. Ger. Bern 1928, S. 15, 1929, S. 22.

2) Egger, 2. Aufl. N 18, Art. 5 ZGB.

2. Begriff des Handlungsgehilfen.

Das OR kennt diesen Begriff nicht. Es unterscheidet drei Kategorien von Arbeitnehmern: Arbeiter, Angestellte und Dienstboten (Art. 333), daneben wird noch das Gesellenverhältnis erwähnt (Art. 350). Zu keiner dieser Kategorien gehören die Lehrlinge als solche. Sie werden erst nach Vollendung der Lehrzeit in eine derselben eingereiht.[1])

Unter den Angestellten hatte man bei den Beratungen vorwiegend die Handelsangestellten verstanden. Aber selbst die Spezialkommission des Schweizerischen Kaufmännischen Vereins hielt die Einbeziehung des technischen Personals in den Interessenkreis der Kaufleute und damit die Bildung einer grossen Berufsgruppe für durchaus möglich[2]). Der Begriff des Angestellten wurde demgemäss auch viel weiter gefasst, damit nicht viele Klassen von Dienstpflichtigen von den Wirkungen des Gesetzes ausgeschlossen werden.

Nichtsdestoweniger ist die Feststellung des engeren Begriffes des Handelsangestellten oder - wie die wissenschaftliche Bezeichnung lautet - Handlungsgehilfen - von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit. Zunächst bezieht sich eine Reihe gewerberechtlicher Bestimmungen, besonders über die Arbeitszeit in Betrieben, ausschliesslich auf kaufmännische Angestellte, insbesondere auf Laden- und auf Bureaupersonal. Auch das Konkursprivileg des Art. 219_5, lit. b SchKG ist auf „Kommis und Bureauangestellte" beschränkt. Des weiteren haben diese Dienstverhältnisse ihre eigenen Verkehrssitten, die ja beim Dienstvertrag eine bedeutsame Rolle spielen. Sodann bildet für die kaufmännische Prokura, die Handlungsvollmacht und diejenige des Handlungsreisenden am häufigsten der kaufmännische Angestelltenvertrag das Grundverhältnis, auf welches in einzelnen Bestimmungen besonders Bezug genommen wird (Art. 464, 465 OR). Ferner können Normalarbeitsverträge dieses besondere Verhältnis zum Gegenstande haben.

So findet z. B. der schweizerische Normalarbeitsvertrag für Handelsreisende vom 7. Juli 1931 Anwendung auf das „Dienstverhältnis" zwischen handelsregistrierten oder eintragspflichtigen Firmen und den für den Vertrieb ihrer Erzeugnisse oder Waren angestellten Reisenden Anwendung.

Schliesslich beziehen sich auch Gesamtarbeitsverträge und Normenverträge anderer Art vielfach nur auf kaufmännische Angestellte oder schliessen die Anwendung auf Angestellte dieser Kategorie aus.[2])

---

[1]) Oser, 4 d Art. 333.
[2]) Schweiz. kaufm. Zentralblatt 14. Juni 1902.
[3]) Vgl. z. B. die frühere Berner Uebereinkunft vom 11. Dez. 1918, Art. 3.

Das deutsche HGB bezeichnet als Handlungsgehilfen, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (Art. 59). Auf das Kriterium der Anstellung in einem Handelsgewerbe kann nach schweizerischem Recht nicht abgestellt werden, da die Handlungsgehilfen keine gesetzliche Sonderklasse bilden, wie in Deutschland, die einem Sonderrecht untersteht.

So macht der bundesrätliche NAV für Handelsreisende keinen Unterschied „zwischen den Inhabern privater Betriebe der Industrie, des Gewerbes und des Handels" (Art. 1). Die Begriffe Industrie, Gewerbe und Handel dürfen auch nicht zu eng gefasst werden. So sind z. B. landwirtschaftliche Genossenschaften, die ebenfalls Reisende beschäftigen, nicht von den Wirkungen des NAV ausgeschlossen.[1]) Es ist daher für den Begriff des Handlungsgehilfen gleichgültig, ob er im Handels-, Bank-, Versicherungsunternehmen, bei einem Rechtsanwalt, Rentier oder Grossgrundbesitzer beschäftigt ist, auf die Anstellung zur Leistung kaufmännischer Dienste allein kommt es an.[2])

Die Abgrenzung des Angestelltenbegriffes gegenüber demjenigen des Arbeiters ist äusserst schwierig. Es ist bisher der Gesetzgebung und auch der Wissenschaft nicht gelungen, den Begriff des Angestellten und des Arbeiters zu umschreiben.[3]) Es bleibt nichts anderes übrig, als die Abgrenzung dieser Begriffe der Praxis zu überlassen, die in individualisierend-experimenteller Weise die Entscheidung durch Zweckmässigkeitserwägungen nach den Umständen des einzelnen Falles treffen muss.[4])

Der volkswirtschaftliche Hauptgrund des Gegensatzes zwischen Arbeitern und Angestellten besteht in der Tatsache, dass jene in der Gütererzeugung, diese meist in der Güterverteilung tätig sind. Der Arbeiter hat die Aufgabe, sein Teilprodukt für sich fertig zu machen, zur Aufgabe des Angestellten gehört es, die Weiterwirkung seines Teilproduktes zu beobachten. Er sieht die Zusammenhänge dieser Leistung im Wirtschaftsgetriebe deutlicher. Er führt die Güter als Rohstoffe und Halbfabrikate in die Fabrikation ein,

[1]) Horand, Komm. S. 18.

[2]) Reinert, S. 14, Hug, S. 125, Oser, Bem. 4a Art. 333 OR.

[3]) Man vergleiche, wie die deutsche Gesetzgebung mühsam nach einer Abgrenzung des Angestelltenbegriffes ringt, ohne ihn zu finden, so dass jedes neue Gesetz und jede neue Verordnung die stereotype Wendung führt: Angestellte im Sinne dieses Gesetzes sind . ." (Vgl. Betriebsrätegesetz § 12, VO über die Einstellung und Entlassung vom 12. II. 1920 § 1 lit. b, VO, über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten vom 18. März 1919 § 11, 12).

[4]) Egger, Schweizerische Rechtsprechung S. 23, Kaskel, Das neue Arbeitsrecht S. 27, Hueck, Quellen und Grundbegriffe S. 33, Hug, 142 f., Oser, SchlZ 5 S. 308.

beobachtet ihren Werdegang in dieser und führt sie durch den Handel zum Verbrauch. Das materielle Interesse des Arbeitgebers wird so mit dem höheren Berufssinn des kaufmännischen Angestellten verflochten.[1])

Da die Praxis kaufmännische Arbeiter nicht kennt, sondern lediglich kaufmännische Angestellte,[2]) erübrigt sich eine besondere Abgrenzung von der Kategorie der Arbeiter. Hingegen ist das Merkmal der Anstellung nach dieser Richtung bedeutsam, dass es ein wirkliches Dienstverhältnis bezeichnet, nicht etwa ein blosses Auftrags- oder Vollmachtsverhältnis.

Als Handlungsgehilfe wird demgemäss nicht angesehen werden können der Agent, der als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäftes zu vermitteln oder abzuschließen. Er bildet nämlich nicht wie der Angestellte ein unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Prinzipals. Es liegt meist ein Auftragsverhältnis vor, sei es ein einfacher Auftrag (Art. 394) oder ein Macklervertrag (Art. 412 ff.). Doch bezeichnet man auch Angestellte oft mit dem Ausdruck „Agent", besonders im Versicherungsgewerbe.

Das gleiche ist der Fall bei einem freien, selbständigen Provisionsreisenden. Ebensowenig sind Verwaltungsratsmitglieder einer A.-G. als Handlungsgehilfen anzusehen. Die Verwaltung ist gesetzlich notwendiges Organ, Behörde der Gesellschaft, die ihre Vertretungsbefugnis und Geschäftsführung nicht von der Macht der Generalversammlung ableitet, sondern als selbständiges Recht übt. Ob man von der Auffassung ausgeht, dass die Verwaltung Mandatarin der Gesellschaft oder eine Art Behörde sei, oder aber, dass sie in einem aus privaten und öffentlichen Momenten gemischten contractus sui generis zur Gesellschaft stehe,[3]) jedenfalls ist das einzelne Verwaltungsmitglied als solches nicht Dienstpflichtiger.

Hingegen ist es nicht ausgeschlossen, dass neben der Verwaltungsratstellung ein Dienstverhältnis einhergehe, z. B. als Delegierter der Gesellschaft bei einem anderen Unternehmen. In diesem Charakter könnte von der Stellung als Handlungsgehilfe die Rede sein, so wenig auch für Funktionen dieser Art eine solche Bezeichnung zu passen scheint.

Eine ähnliche, dem Dienstvertrag nicht unterstehende Stellung ist den Liquidatoren einer Handelsgesellschaft zuzusprechen,

[1]) Böcker, Die Arbeitnehmerbewegung, S. 14.

[2]) Kantonsger. St. Gallen SIZ '9, S. 177, Gew. Ger. Olten, Verw. B. 1913, No. 4, 1915, No. 4, Oser 4 a, Art. 333 OR, Gew. Ger. St. Gallen (bei Rohr S. 71): „Jede Leistung kaufmännischer Dienste auf Grund eines Dienstvertrages begründet ein Angestelltenverhältnis".

[3]) Vgl. Welti, S. 39, Dietler, S. 76, Bachmann, N 2, Art. 649.

da sie gleichfalls gesetzlich notwendige Organe darstellen, deren Bestellung nicht vom freien Willen der Inhaber des Handelsgewerbes abhängt.

Ein Dienstverhältnis ist nicht zu vermuten, wenn Kinder oder der Ehegatte des Geschäftsinhabers mitarbeiten, doch steht ihrer Anstellung an sich kein Hindernis entgegen.

Es ist zum Dienstverhältnis nicht notwendig, dass der Handlungsgehilfe in den Geschäftsräumen des Prinzipals arbeite, noch dass der Anstellung von vornherein der Charakter der Dauer zukomme. Ein sog. Stundenbuchhalter, d. h. derjenige, welcher einige Stunden des Tages oder Woche im Geschäft tätig ist, um die Bücher in Ordnung zu halten, kann Handlungsgehilfe sein, wenn die Begrenzung seiner Dienste eine zeitliche ist[1]). In der Regel werden aber die Regeln des Auftrags zur Anwendung zu kommen haben, zumal Verträge über Arbeitsleistung, die sich nicht zweifellos als Dienstverträge darstellen, unter Auftragsrecht fallen (Art. $394_{,2}$).

Auch der Volontär[2]) kann nicht als Handlungsgehilfe angesehen werden, da das Entgelt ein für das Dienstverhältnis wesentliches Moment ist (Art. $319_{,2}$ 320 ff), die Unentgeltlichkeit daher die Unterstellung unter den Dienstvertrag ausschliesst. Im übrigen trifft auch das Merkmal der Dienstleistung nicht zu, weil die Tätigkeit des Volontärs in erster Linie nicht die Leistung von Diensten, sondern die Erlernung des Geschäftes zum Gegenstand hat. Gemäss Art. $394_{,2}$ ist auch hier Auftrag anzunehmen.

Ein weiteres wesentliches Begriffsmerkmal des Handlungsgehilfen ist die Leistung kaufmännischer Dienste. Auch der Gehilfe des Kaufmanns ist nicht Handlungsgehilfe, wenn er Dienste anderer Art, als kaufmännische, leistet, während der Gehilfe in nichtkaufmännischen Betrieben, wenigstens im Sinne der schweizerischen Gesetzgebung, Handlungsgehilfe ist, sobald seine Dienste kaufmännischer Natur sind.

Als kaufmännisch sind diejenigen Dienste zu betrachten, die mit dem Ein- und Verkauf, also dem Umsatz von Waren oder mit der organisatorischen, gewissermassen aktenmässigen und rechnerischen Seite des Betriebes in Beziehung stehen, sofern sie nicht rein mechanischer Art sind. Den Gegensatz bilden technische Leistungen zur Herstellung der Ware.[3])

---

[1]) Oser, V. 2, Art. 319.

[2]) Apt, Komm. z. Reichsg. betr. Kaufmannsgerichte Anm. 5 II d zu § 1, Lehmann-Ring, N. 3 § 59 HGB.

[3]) Reinert, S. 14 f., Tietze, S. 29 ff., Staub, HGB 59, Bem. 13, Cosack, HGB, S. 86, Hueck, S. 28 ff.

Der kaufmännische Anstellungsvertrag, den der Schweiz. Kaufmännische Verein als Mustervertrag aufgestellt hat und der sich im allgemeinen eingeführt hat, zählt folgende Arten kaufmännischer Angestellten auf: Direktor, Prokurist, Bureauchef, Buchhalter, Kassier, Disponent, Expedient, Verkäufer, Lagerist, Korrespondent, Geschäftsstenograph, Kalkulator, Gehilfe zur Besorgung der allgemeinen Bureauarbeiten (Bureaulist).

Die Aufzählung ist nicht erschöpfend. Sie erwähnt beispielsweise nicht den Geschäftsführer (Gérant), Generalhandlungsbevollmächtigten, Einkäufer, Reisenden, Ladenverkäufer,[1]) Aquisiteur, Expedienten (welcher dem Geschäfts-, bezw. Fabrikpersonal die Bestellungen aufzugeben und für die Ausführung derselben bis zur Absendung der Ware zu sorgen hat), den Generalagenten einer Versicherungsgesellschaft, den Hotelleiter,[2]) das Ladenmädchen, auch wenn es nicht Verkäuferin ist, sondern nur etikettiert, verpackt, zum Versand fertig stellt und die erledigten Aufträge im Lagerbuch bucht.[3])

Den Gegensatz bilden Angestellte, die zum Produktionspersonal gehören (technische Angestellte), sowie solche, deren Dienstleistung eine wissenschaftliche oder künstlerische Vorbildung voraussetzen: Chemiker, Ingenieure, Architekten, Techniker, in kunstgewerblichen Unternehmungen angestellte Maler, Bildhauer, Entwerfer, Zeichner. Ferner Angestellte, denen in der Betriebsorganisation eine werkleitende oder -beaufsichtigende Funktion übertragen ist: Werkmeister (Weber-, Sticker-, Müller-, Maschinen-, Ziegelmeister)[4]), Gutsverwalter und Güterbeamte,[5]) Bauaufseher und Poliere,[6]) Materialverwalter und Magazinchef.[7])

Ebensowenig gehören zu den Handlungsgehilfen Angestellte, deren Dienste weder kaufmännischer Art noch an der Produktion beteiligt sind: die als Gutachter angestellten Juristen, Nationalökonomen, Mathematiker, Aerzte, Redakteure, Berichterstatter, die in Anstalten angestellten Aerzte, das sonstige Medizinalpersonal, die Sekretäre von politischen Verbänden, Vereinen, das Lehrpersonal, das künstlerische Personal der Theater, Varietés und anderer Vergnügungsetablissemente, das Gesinde und gesindeartige Personal (Kellner, Zimmermädchen, Kutscher, Chauffeure).

---

[1]) Ladentöchter, die vielmehr als Bureaulistinnen eine Vertrauensstellung bekleiden, gelten allgemein als Angestellte (Gew. Ger. Aarau v. 12. I. 1920).

[2]) Bolze, Bd. 16, No. 238, 14, No. 391.

[3]) Bl. f. R., 91, S. 63/64, HZ. 42, S. 513.

[4]) Schmidt-Horand, Komm. z. Berner Uebereink., S. 43.

[5]) SIZ 16, S. 159.

[6]) Oser, 333, Bem. 4 b, Gew. Ger. Olten 1914, S. 25. 1915, S. 31.

[7]) Gew. Ger. Bern 1915, No. 1.

Wenn ein Dienstpflichtiger neben der kaufmännischen auch rein gewerbliche, mechanische Arbeit leistet, so hängt die Beantwortung der Frage, ob der Dienstpflichtige als kaufmännischer Angestellter zu betrachten sei, davon ab, welche Dienste nach der Lage der Dinge als die überwiegenden anzusehen sind.[1]) Als überwiegend haben dabei nicht etwa die Dienste zu gelten, auf die eine der Parteien (subjektiv) Gewicht legt, oder welche den Dienstpflichtigen vornehmlich in Anspruch nimmt, sondern jene Art der Dienste, welcher nach der Anschauung beteiligter Kreise, also nach der Anschauung des Verkehrs die grössere Bedeutung zukommt.[2])

Einzelne GAV stellen zuweilen auf die Vorbildung ab. So bestimmte die nicht mehr in Kraft stehende Berner Uebereinkunft vom 11. Dezember 1918: „Kaufmännischer Angestellter im Sinne dieser Bestimmungen ist, wer eine ordnungsmäßige dreijährige Lehrzeit durchgemacht hat, wer das Diplom einer kaufmännischen Lehrlingsprüfung besitzt oder wer nach dem mit Erlangung des Diploms abgeschlossenen Besuch einer dreijährigen Handelsschule eine einjährige Lehrzeit bestanden hat" (Art. 4).[3])

Es steht natürlich den Parteien eines GAV frei, zu bestimmen, durch welche Merkmale die vom Vertrag erfassten Arbeitnehmer gekennzeichnet werden sollen. Insoweit der Vertrag aber nur kaufmännische Angestellte oder Handlungsgehilfen schlechtwegs umfasst, muss die Unterstellung und Abgrenzung nach den dargelegten begrifflichen Unterscheidungsmerkmalen vorgenommen werden.

3. Der Anstellungsvertrag.

Der Einzelarbeitsvertrag ist dadurch ausgezeichnet, daß er die Leistung abhängiger Arbeit zum Gegenstande hat, d. h. Arbeit, die in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zu leisten ist, wogegen dieser sich zur Leistung eines Entgeltes verpflichtet. Die zu leistende Arbeit kann sein: Arbeit auf Zeit, oder Herstellung von Werken, oder Besorgung von Geschäften in fortlaufender Beschäftigung, oder Herstellung eines einzelnen Werkes, oder Besorgung eines einzelnen Geschäftes.

Zum Einzelarbeitsvertrag gehört auch der Dienstvertrag. Er ist nicht durch den Leistungsinhalt als solchen charakterisiert, d. h. nicht durch die Art der zu leistenden Dienste, ausschlaggebend ist vielmehr, in welcher Weise die Leistung der Dienste zum Vertragsinhalt gemacht wird. Insbesondere stellt Art. $319_{,1}$ und $320_{,2}$

[1]) Reinert, S. 15, Oser, 333, Bem. 4 d, Hug 127.

[2]) Tietze, S. 40 ff.

[3]) Aehnlich der geltende GAV der Basler Vers.-Ges. (§ 3).

darauf ab, dass die zu leistenden Dienste zeitlich umschrieben seien („auf bestimmte oder unbestimmte Zeit"). Entscheidend ist, ob eine zeitliche Bindung vorliegt oder nicht. Die zeitliche Bestimmung ist das Essentiale.[1])

Doch wird auch der Inhalt, d. h. die Art der zu leistenden Dienste und der Betrieb, in welchem sie geleistet werden, bedeutsam, indem die Fabrikarbeit der besonderen eidgenössischen Fabrikgesetzgebung untersteht, die Gewerbegesetze Ausschluss und Beschränkungen der Arbeitsleistung für gewisse Gewerbe vorschreiben, und NAV wie GAV gegebenenfalls Einzeldienstverträge mit gewissem Leistungsinhalt erfassen oder ausschliessen. Schliesslich werden in jedem einzelnen Dienstvertrag immer Leistungen bestimmter Art ausdrücklich oder stillschweigend gefordert.

Da das OR zwischen den kaufmännischen und nicht kaufmännischen Angestellten nicht unterscheidet, gelten für die einen wie für die andern die gleichen Bestimmungen in Bezug auf den Abschluss des Anstellungsvertrages.

Dass der Dienstvertrag keiner Formvorschrift untersteht, wird in Art. $320_{,1}$ ausdrücklich hervorgehoben, würde aber schon aus Art. $11_{,1}$ hervorgehen. Aber nicht nur Schriftlichkeit des Vertrages ist nicht gefordert, es bedarf nicht einmal ausdrücklicher mündlicher Vereinbarung. Jede Art des Verhaltens, welche den Willen der Kontrahenten zum Ausdruck bringt (sog. konkludente Umstände) genügt, um einen Dienstvertrag zustande zu bringen.

Nach Art. $320_{,2}$ gilt der Dienstvertrag auch dann als vereinbart, „wenn Dienste auf Zeit entgegengenommen werden, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist." Das dürfte sich ganz besonders auf kaufmännische Dienste beziehen, da das Prinzip der Entgeltlichkeit im kaufmännischen Verkehr unentwegt anerkannt ist (z. B. Art. $313_{,2}$ 485 OR). Die Vermutung, ein Dienstvertrag liege vor, macht sich also nach Art. $320_{,2}$ beim kaufmännischen Anstellungsvertrag geltend, wenn Dienste ohne übernommene Verpflichtung tatsächlich geleistet und angenommen wurden. Bei nahem verwandtschaftlichem oder familienrechtlichem Verhältnis ist aber die gegenteilige Vermutung der Unentgeltlichkeit gegeben (BGE 19, 842, 29 II 271).

Was von der Formfreiheit des Vertragsschlusses gilt, bezieht sich auch auf Vereinbarungen, die seinen Inhalt und seine Fortsetzung betreffen (Art. 346). Davon gibt es nur wenige Ausnahmen. Gegenüber einem für Dienstverhältnisse solcher Art geltenden Normalarbeitsvertrag müssen Abweichungen schriftlich vereinbart werden (Art. $324_{,1}$). Ein Konkurrenzverbot für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses bedarf der Schriftlichkeit (Art. 358),

[1]) Botschaft 1905, S. 32 f., Oser, 319, Bem. II.

ebenso die Vereinbarung, dass bei der Ueberschreitung dieses Verbotes neben einer Konventionalstrafe und einer weiteren Schadenersatzforderung auch noch die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes verlangt werden kann (Art. 359,4).

In der Praxis ist jedoch die Schriftlichkeit beim kaufmännischen Anstellungsvertrag weit verbreitet. Wir haben bereits erwähnt, dass der Schweizerische kaufmännische Verein sogar einen Mustervertrag dieser Art eingeführt hat, ebenso die Vereinigung für Handelsreisende Hermes (Aarau). Diese Vertragsschemata haben sich vielfach normgebend durchgesetzt.[1]) Der Verband Zürcher Handelsfirmen und der Kaufmännische Verein Zürich haben Normen für Anstellungsverhältnisse des Bureaupersonals aufgestellt, die als Ausdruck der Verkehrssitte am dortigen Platz angesprochen werden dürfen. In diesen wird Schriftlichkeit des Anstellungsvertrages besonders empfohlen.

Parteien des kaufmännischen Angestelltenvertrages sind der Anstellende und der Anzustellende. Der Anstellende muß nicht Kaufmann sein, wie bereits in der Begriffdarlegung hervorgehoben wurde. Auch der Landwirt, der Rechtsanwalt usw. können Angestellte zu kaufmännischen Diensten verpflichten. Es kommt also nicht darauf an, ob der Prinzipal im Handelsregister eingetragen ist.

Doch findet der schweizerische Normalarbeitsvertrag für Handelsreisende nur auf Dienstverhältnisse zwischen Inhabern privater Betriebe der Industrie, des Gewerbes und des Handels Anwendung, die im Handelsregister eingetragen sind oder nach OR 865,4 eintragspflichtig sind, und ihren für den Vertrieb ihrer Erzeugnisse oder Handelswaren angestellten Reisenden.

Der Dienstherr kann eine physische oder juristische Person sein. Er kann handlungsfähig oder bevormundet sein. Ein urteilsfähiger Minderjähriger oder Entmündigter, dem die Eltern oder der Vormund mit Genehmigung der Vormundschaftsbehörde die selbständige Ausübung eines Gewerbes gestattet haben, ist in seinem gewerblichen Tätigkeitsbereich voll handlungsfähig, kann daher auch Angestellte engagieren und mit ihnen selbständig Anstellungsverträge abschliessen (Art. 410 ZGB)[2]). Zur Aufnahme von Handlungsgehilfen ist ebenso wie der Inhaber eines Unternehmens berechtigt der Prokurist, da der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes dies mit sich bringen kann (BGE 23 S. 1701 f.), der Generalhandlungsbevollmächtigte, soweit der Betrieb Anstellungen von Handlungsgehilfen gewöhnlich mit sich bringt (Art. 462), der zur Anstellung von Handlungsgehilfen besonders Bevollmächtigte, der Liquidator, weil er zur Beendigung schwebender Geschäfte neue Geschäfte eingehen darf (582,2). Der Kollektivgesellschafter

[1]) Mitteilungen d. Vereinigung schweiz. Angestelltenverbände vom 29. III. 1932.
[2]) Egger, Bem. 4 Art. 410 ZGB, BGE 28 II 259.

ist gleichfalls zur Anstellung eines Handlungsgehilfen befugt, doch bedarf er zur Bestellung eines Prokuristen die Einwilligung aller vertretungsbefugten Gesellschafter. Widerrufen kann er die Prokura ohne diese Einwilligung (Art. 562). Ein noch weiter gehendes Recht hat die Verwaltung der A. G. (Art. 654) und der Vorstand der Genossenschaft (Art. 700).

Der Anzustellende kann auch minderjährig oder entmündigt sein, sofern er urteilsfähig ist. Wohl ist zur Errichtgung eines Dienstverhältnisses die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung (Eltern, Vormund, Beirat und Vormundschaftsbehörde) gefordert, allein diese kann nachträglich oder zum voraus erklärt werden, und zwar auch generell (Art. 410_1).[1]) Sie kann im Sinne dieser Bestimmung insbesondere nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen. Eine stillschweigende Zustimmung ist stets anzunehmen, wo der gesetzliche Vertreter Kenntnis von der Anstellung hat oder haben musste, und wo er nach Treu und Glauben hätte widersprechen müssen (Grundsatz des gutgläubigen Verkehrs).[2])

Vor der Genehmigung ist das eingegangene Dienstverhältnis nicht nichtig. Es besteht vielmehr ein Schwebezustand, während dessen der Anstellende gebunden ist. Die Genehmigung hat rückwirkende Kraft (Art. 410_2 ZGB). Zur Genehmigung des Vormundes muss die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde hinzutreten (Art. 421 Ziff. 7 ZGB). Doch kann auch diese stillschweigend erfolgen, was das Gesetz besonders hervorhebt. Unter selbständige Berufsausübung im Sinne dieser Vorschrift fällt insbesondere die Eingehung von Dienstverhältnissen. Die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde hat die weitgehende Wirkung, dass sie den Bevormundeten im Tätigkeitsbereich des Berufes voll handlungsfähig macht (Art. 412 ZGB). Der Bevormundete kann demnach die Stellung selbständig kündigen, bezw. den Anstellungsvertrag verlängern, die Stelle wechseln usw.

Ein Verbot gewerbsmäßiger Beschäftigung von Kindern in Handelsbetrieben wird hauptsächlich durch die, uns hier nicht interessierenden Bestimmungen der kantonalen Lehrlingsgesetze bewirkt, die das Mindestalter für kaufmännische Lehrlinge gewöhnlich auf 15 Jahre festsetzen. Ausserhalb der ortsgebundenen Betriebe des Handelsgewerbes wird die gewerbsmässige Kinderarbeit im Handel durch die fast in sämtlichen Kantonen erlassenen Hausiergesetze verhindert, welche die Verwendung von meist schulpflichtigen Kindern im Hausierhandel untersagen. Schliesslich enthalten die allgemeinen Arbeitszeit- und Schulgesetze und für Mäd-

[1]) Egger, 3 a Art. 410 ZGB.
[2]) Egger, 4 c Art. 25 ZGB, 3 b Art. 410 ZGB.

chen die Arbeiterinnenschutzgesetze Verbote gewerblicher Tätigkeit, die sich auch auf das Handelsgewerbe erstrecken.

Die letztgenannten Schutzgesetze unterstellen diesem Verbote (mit Ausnahme Neuenburg) nicht die Ladenbedienung, einzelne (so die von Zürich, Solothurn, Appenzell a. Rh., St. Gallen) auch nicht die Arbeit in kaufmännischen Bureau.[1])

Ein Verbot der Verwendung Jugendlicher besteht im Handelsgewerbe nur für das Hausiergewerbe, weil hier eine besondere Gefährdung der Jugend zu befürchten ist. Es ist daher ein bestimmtes Mindestalter für die Patenterteilung festgesetzt. Dieses beträgt 20 Jahre in Luzern (Ges. v. 30. I. 1912 § 30, 73), Schwyz (Ges. v. 21. April 1902 § 24, ausnahmsweise 16 Jahre für den Vertrieb von Zeitungen, Kursbüchern, 14 Jahre für den Verkauf von Früchten, Blumen), Obwalden (Ges. v. 30. IV. 1899 § 16) (mit ähnlichen Ausnahmen), Nidwalden (Ges. v. 26. IV. 1914 § 7), Zug (Ges. v. 22. VIII. 1901 § 12), Appenzell a. Rh. (Ges. vom 28. IV. 1901 Art. 6), St. Gallen (Ges. v. 17. Mai 1887 Art. 7), Thurgau (Ges. v. 3. X. 1898 § 12), Wallis (Ges. v. 13. II. 1923 Art. 38). Auf 18 Jahre ist das Mindestalter festgesetzt in Zürich (Ges. v. 17. VI. 1894 § 6), Bern (Ges. v. 24. III. 1878 § 4), Glarus (Ges. v. 7. V. 1922 § 6), Freiburg (Vdg. v. 13, II. 1901 Art. 10), Solothurn (Ges. v. 16. Juli 1899 § 15), Basel-Stadt (Ges. v. 13, II. 1882 § 4), Schaffhausen (Ges. v. 11. X. 1898 Art. 10), Appenzell i. Rh. (Vdg. v. 29. Mai 1922 Art. 15) Graubünden (Ges. v. 27. V. 1899 Art. 14). Auf 16 Jahre ist das Mindestalter festgesetzt in Basel-Land (Ges. v. 15. II. 1880 § 10) und im Tessin (Ges. v. 17. XII. 1918 Art. 11).

Die Ehefrau bedarf zur Ausübung eines Berufes, also auch den einer Handlungsgehilfin der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bewilligung des Ehemannes, die aber im Weigerungsfalle durch richterliche Ermächtung ersetzt werden kann, wenn sie beweist, dass dies im Interesse der ehelichen Gemeinschaft oder der Familie geboten ist (Art. 167 ZGB).

Ueber den Inhalt des Dienstvertrages bestimmt Art. 326: „Der Vertragsinhalt kann innerhalb der Schranken des Gesetzes und der guten Sitte beliebig vereintbart werden". Damit ist das Prinzip der Vertragsfreiheit ausgesprochen, das auch ohne diese Bestimmung schon auf Grund der allgemeinen Norm des Art. 19 OR gelten würde.

Die wesentlichen Stücke des Vertrages bilden, wie schon hervorgehoben wurde, auf Seite des Dienstpflichtigen die Verpflichtung zur Leistung von Diensten auf bestimmte oder unbe-

[1]) Vgl. Genf (Ges. v. 25. XI. 1899 und 8. XI. 1919 Art. 31, Basel-Stadt (Ges. v. 8. IV. 1920 § 10), Glarus (Ges. v. 6. V. 1923 § 10), Tessin (Ges. v. 20. XI. 1912 Art. 4), Zürich (Ges. v. 4. XII. 1909 § 4), Bern (Ges. v. 23. II. 1908 Art. 3) u. a. m.

stimmte Zeit, auf Seiten des Dienstherrn die Entrichtung eines Lohnes (Art. 319,1). Doch gilt der Lohn auch ohne ausdrückliche Bestimmung als vereinbart, wenn Dienste auf Zeit entgegengenommen werden, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320,2). Es wird in der Folge darzulegen sein, wie sich in solchen Fällen der Lohn bestimmen lässt.

Naturalia negotii bilden, wie aus dem Mustervertrag des Schweizerischen Kaufmännischen Vereins erhellt: die nähere Angabe, in welcher besonderen Eigenschaft der Handlungsgehilfe in Dienst genommen wird, bezw. welche Arbeiten ihm zugedacht sind, wann die Stelle anzutreten ist, in welchen Terminen der Lohn zur Auszahlung gelangt und ob er in einem festen Betrage oder auch noch in andern Leistungen besteht, die Dauer der Arbeitszeit, die Ferien, die Kündigungsfristen.

Als accidentalia sind anzusehen, trotzdem der genannte Mustervertrag sie als Vertragsklauseln berücksichtigt und nicht der Rubrik „Besondere Vereinbarungen" überlässt: die Bestimmung, ob ausser den ausdrücklich genannten noch andere Dienste verlangt werden können, Bestimmungen über Beförderung und Lohnerhöhung, die Gehaltsansprüche im Falle von Krankheit und anderen unverschuldeten Behinderungen der Dienstleistung, die Inanspruchnahme ausserhalb der ordentlichen Arbeitszeit.

Die Rubrik „Besondere Vereinbarungen" ist im genannten Mustervertrag für sonstige, bisher nicht genannte Bestimmungen reserviert. Als solche dürften insbesondere in Betracht kommen: Bestimmungen über Probezeit, Vorschüsse, Freizeit, Zeugnis, Erfindungen des Dienstpflichtigen, besondere Rücktrittsgründe, Konkurrenzverbot u. dgl. m.

Die Normen des Dienstvertragsrechtes zeichnen sich vor andern Vertragsverhältnissen durch ihren sozialen Charakter aus. Wir haben es hier mit einem sozialen Funktionsverhältnis zu tun, was zur Folge hat, daß eine Reihe von Rechtssätzen zwingender Natur sind. Welche Rechtssätze jus cogens darstellen, dafür lässt sich ein äusseres Kriterium, wie etwa die Form der Vorschrift, nicht geben. Vielmehr ist überall, wo das soziale Interesse unmittelbar rechtsgestaltend gewirkt hat, die entstandene Norm als zwingendes Recht zu betrachten. Insbesondere stellt sich das Dienstvertragsrecht als ein Schutzrecht des Dienstpflichtigen dar. Wo daher eine Bestimmung auf diesen Schutzzweck besonders zugeschnitten ist, wird sie als zwingend zu betrachten sein.[1]) Das Nähere dürfte sich aus den folgenden Darlegungen im einzelnen ergeben.

[1]) Egger, Personenrecht, 2. Aufl. Ausführungen zu Art. 27, 28; Hug, S. 141 ff.

II. Pflichten des Handlungsgehilfen.

Die wesentlichste Pflicht des Handlungsgehilfen ist, im Gewerbe des Dienstherrn die vereinbarten kaufmännschen Dienste zu leisten. Art und Umfang dieser Dienste werden in der Regel vertraglich vereinbart. Soweit dies nicht der Fall ist, wird wie bei jeder Vertragsauslegung die Verkehrssitte zu berücksichtigen sein, die, wie bereits ausgeführt wurde (l. l. e.), auch ohne besonderen Hinweis des Gesetzgebers zur Auslegung des Parteiwillens heranzuziehen ist.[1]) In Ermangelung einer Verkehrssitte werden die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart anzusehen sein (Arg. aus Art. $327_{,1}$).

1. Art und Umfang der Dienste.

Im Sinne des Art. 327 hat der Handlungsgehilfe zunächst die versprochenen Dienste persönlich zu leisten, soweit sich nicht aus der Vereinbarung oder den Umständen etwas anderes ergibt. Es folgt dies ohne weiteres aus der persönlichen Natur des Dienstvertrages. Darum ist unter dem gleichen Vorbehalt auch die Übertragung der Rechte des Dienstherrn auf einen andern ausgeschlossen (Art. $327_{,2}$). Aus der persönlichen Natur der Leistungspflicht ergibt sich insbesondere, dass der Handlungsgehilfe im Verhinderungsfalle nicht verpflichtet ist, für einen Vertreter zu sorgen, sofern ihm eine solche Verpflichtung nicht ausdrücklich überbunden wurde.[2])

Der Handlungsgehilfe hat ferner nur kaufmännische Dienste zu leisten. Der genannte Mustervertrag enthält die Klausel: „Zur Leistung anderer als der mit seiner Stellung verbundenen kaufmännischen Dienste ist er nicht verpflichtet.“ So braucht z. B. die Verkäuferin in einer Konditorei nicht für diese zu backen oder zu kochen, der Buchhalter eines Patentanwalts nicht Zeichnungen anzufertigen, die Directrice nichts als Probiermamsell zu fungieren. Die Verkäuferin eines Konfektionsgeschäftes ist nicht verpflichtet, nach Schluss der Geschäftszeit oder während derselben Pakete zu einem Kunden zu tragen, selbst nicht unter Benutzung von Verkehrsmitteln.

Doch können Vereinbarung, Verkehrssitte, Angemessenheit und insbesondere auch die billige Rücksichtnahme auf den Willen und die Weisungen des Dienstherrn gewisse Abweichungen als geboten erscheinen lassen, insbesondere auch die Leistung nichtkaufmännischer, selbst gesindeartiger Dienste. Der Ausdruck „Dienstherr“ im OR weist mehr als der des HGB „Prinzipal“ auf eine

[1]) Pfenninger, 73, v. Thur, 242, Becker N. 12, Art 15 Z.G.B.
[2]) Lang, Anm. 1, Art. 337.

privatrechtliche Herrschaft über die Dienste des Angestellten hin, die verschieden weit geht, je nach dem Beruf, nach der Vorbildung und des Dienstranges des Angestellten, und insbesondere, je nachdem die Dienste im Vertrag genau umschrieben oder von der jeweiligen Entschliessung abhängig sind.[1])

Auch der Umstand, dass das OR kein Sonderrecht für Handlungsgehilfen kennt, spricht nicht für einen unbedingten Ausschluss nichtkaufmännischer Dienstleistungen des Handlungsgehilfen. Vielmehr wird er zu Diensten solcher Art nach Treu und Glauben umso eher verpflichtet sein, je mehr dieselben als mit der kaufmännischen eng verbundene Nebenleistung oder als unbedeutende, keine besonderen technischen Fertigkeiten erfordernde Leistung darstellen.

Die einheitliche Dienst- und Besoldungsordnung für das Bankpersonal der Plätze Bern, Basel, Luzern, St. Gallen und Zürich vom 30. November 1929, die zwar keinen GAV darstellt, auch keine Arbeitsordnung, weil sie eine Vereinbarung zwischen Dienstgeber- und Dienstnehmerorganisationen bildet, aber immerhin einen Normenvertrag, bestimmt, dass das Personal seine dienstlichen Obliegenheiten nach bestem Können, sowie gemäss den allgemeinen Instruktionen und den besonderen Weisungen seines Vorgesetzten zu erfüllen hat. Auch hier kommt zum Ausdruck, dass den Weisungen des Dienstherrn und seiner Vertreter bei den einzelnen Dienstleistungen eine besondere Bedeutung zukommt.

Besonders normiert sind Art und Umfang der Dienste von Handlungsgehilfen mit Vertretungsbefugnis. Es sind das die Prokuristen, die Handlungsbevollmächtigten und die Handlungsreisenden (Art. 458 ff.). Es ist wohl nicht notwendig, dass diese Personen zugleich Handlungsgehilfen seien, in den weitaus meisten Fällen trifft dies aber zu, und auch das OR nimmt darauf mehrfach Bezug (Art. $464_{,1}$, $465_{,1}$). Wir haben in diesen Darlegungen nur die dienstvertragliche Seite dieser Handlungsgehilfen mit Vertretungsbefugnis zu betrachten.

Der Handlungsgehilfe ist an sich nicht ermächtigt, Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Dienstherrn vorzunehmen. Dafür ist eine besondere Ermächtigung gefordert, die aber formlos und daher auch stillschweigend erteilt werden kann,[2]) mit Ausnahme der nicht kaufmännischen Prokura, die nur durch Eintrag ins Handelsregister zur Entstehung kommt (Art. $458_{,3}$)[3]).

Die dienstvertragliche Stellung, das Innenverhältnis, erleidet durch die einzutretende oder wieder wegfallende Bevollmächtigung im Prinzip keine rechtliche Veränderung, insofern nicht im Sinne

[1]) Gew. Ger. Bern 1897, S. 14, 39, Oser, 1 b Art. 319.
[2]) Oser, IV. 2 Art. 458, III, 26 Art. 32.
[3]) Siegmund, S. 161.

der Parteien beides als voneinander unzertrennlich zu gelten hat (z. B. Anstellung als Verkäufer, als Einkäufer, als Reisender). Im letzteren Falle wird auch die Handlungsvollmacht insofern vom Dienstvertrag beherrscht, als der Abschluss der Rechtsgeschäfte des Angestellten im Rahmen seiner Handlungsvollmacht zugleich als Erfüllung seiner Dienstpflichten erscheint.

Das kommt insbesondere zum Ausdruck in der Gestaltung des bereits erwähnten schweizerischen Normalarbeitsvertrages für Handelsreisende vom 7. Juli 1931, auf die noch weiter eingegangen werden wird.

Die innergeschäftliche Stellung ist demnach grundsätzlich nicht verschieden von derjenigen der Handlungsgehilfen ohne Vertretungsmacht. Sie unterscheidet sich von der letzteren nur durch die Stellung zum Publikum, dem gegenüber diese Angestellten eine gesetzliche Vertretungsmacht haben (Art. 459, 460, 462, 463), ohne Rücksicht auf die interne Begrenzung ihrer Vollmacht. Dem Dienstherrn gegenüber bleibt der handlungsbevollmächtigte Angestellte Untergebener; er hat seine Anweisungen zu respektieren, auch wenn sie in Widerspruch zu der von ihm erteilten Vollmacht stehen.[1])

Des weiteren bleiben seine Rechte und Pflichten nicht unbeeinflusst durch den nach aussen wirkenden Charakter seiner Tätigkeit indem regelmässig der Kreis seiner Rechte aus der Bevollmächtigung mit dem seiner Pflichten aus dem Dienstvertrag zusammenfällt. Er verletzt diese in der Regel, indem er jene schlecht ausübt oder vernachlässigt, so dass, was er nach aussen hin unterlässt, meist nach innen zurückwirkt.

Wir werden auf diese Besonderheiten in den einzelnen Abschnitten noch zurückzukommen haben.

Eingehender geordnet sind Pflichten des Reisenden im schweizerischen NAV (Art. 3). Er ist verpflichtet:

a) „die ihm vorgeschriebenen Preise und übrigen Verkaufsbedingungen einzuhalten und für allfällige Abweichungen davon, sowie zur Erledigung von Anständen die Zustimmung seiner Firma vorzubehalten;

b) ohne schriftliche Erlaubnis seiner Firma weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte abzuschliessen oder zu vermitteln;

c) sich an die bezeichnete Reiseroute zu halten, es sei denn, dass wichtige Gründe eine Abänderung nötig machen;

d) seiner Firma vereinbarungsgemäss über seine Reisetätigkeit Bericht zu erstatten und die erhaltenen Bestellungen sofort zu überschreiben;

---

[1]) Oser, 4 Art. 459, Schneider, Bem. 1 Art. 423.

e) über alle Geschäftsvorgänge strenge Verschwiegenheit zu beobachten;

f) die Interessen seines Dienstherrn in jeder Hinsicht nach bestem Wissen und Können und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen."

Nur a), c), d) beziehen sich auf die Art der Dienste, während b), e) das persönliche Verhalten und f) das Mass der Verantwortlichkeit normieren.

Die Normierung der Tätigkeit ist nicht erschöpfend. So ist beispielsweise nicht erwähnt die Einziehung des Kaufpreises aus den vom Reisenden abgechlossenen Geschäften (Art. 463 OR) und die Pflicht zur pünktlichen Abführung desselben. Die Frage, ob die Reisenden ausser ihrer Reisezeit, die oft nur auf wenige Monate im Jahre begrenzt ist, sich auf dem Kontor zu beschäftigen haben, insbesondere die Korrespondenz mit der Reisekundschaft zu führen, den telephonischen Dienst mit derselben zu besorgen, die Musterkollektionen und die Preisverzeichnisse zusammenzustellen, lässt sich nicht allgemein beantworten. Es ist auf das einzelne Vertragsverhältnis und die Verkehrssitte abzustellen. Einen Fingerzeig gibt in der Regel die Art der Entlöhnung. Bezieht der Reisende ausser der Provision für die Abschlüsse auch noch ein auskömmliches Fixum, so kann darin zum Ausdruck gebracht werden, dass er die reisefreien Diensttage dem Geschäftsbetrieb des Dienstherrn zu widmen hat.

Besonders wichtig ist die Frage nach dem zeitlichen Umfang der Dienste. Das OR enthält über die zeitliche Dauer der Dienstleistungen keine Bestimmung. Hingegen bildet die zeitliche Beschränkung der Arbeitsleistung im Fabrikgesetz und in der kantonalen Gewerbegesetzgebung Gegenstand ausführlicher Normierungen. Für Betriebe des Handelsgewerbes sind meist die Bestimmungen mit denen für nichtfabrikmässige Gewerbebetriebe überhaupt identisch.

Die Arbeiterschutz- und Arbeitszeitgesetze gelten (vom Heimarbeitsgesetz des Kantons Baselland abgesehen) alle auch für den Handelsbetrieb, und von den Arbeiterinnenschutzgesetzen schliesst keines die Handelsbetriebe als soche aus, wohl aber einzelne (Zürich, Solothurn, Appenzell a. Rh., St. Gallen) die kaufmännischen Bureau. Das Zürcher Gesetz findet auch keine Anwendung auf das Bedienungspersonal in Ladengeschäften, wogegen die Arbeiterinnenschutzgesetze der anderen Kantone prinzipiell auf solches Personal Anwendung finden, doch ist diese Anwendung auf einzelne Bestimmungen der Gesetze beschränkt oder durch gesonderte Behandlung modifiziert.

Es kommen hinzu die besonderen Erlasse über Ladenschluss

und z. Teil die Hausiergesetze, die gleichfalls zeitliche Beschränkungen enthalten.

Im allgemeinen ist die tägliche und wöchentliche Arbeitsdauer als solche nicht festgelegt. Bloss in Glarus, Baselstadt und Tessin, sowie in der Stadt Lausanne finden die allgemeinen Arbeitszeitvorschriften auch auf das kaufmännische Verkaufspersonal Anwendung. Die regelmässige Arbeitszeit beträgt in Glarus (Ges. v. 6. V/1923 § 5) 55 Stunden, maximal 10 Stunden täglich mit einer Stunde Mittagspause, in Baselstadt (Ges. v. 8. IV. 1920 § 3) 51 Stunden, maximal $8^1/_2$ Stunden täglich mit einer anderhalbstündigen Mittagspause, im Tessin (Ges. v. 12. XI. 1912 Art. 5) täglich maximal 11 Stunden mit einer einstündigen Mittagspause.

In den anderen Kantonen wird nur die Arbeitsdauer des Ladenpersonals indirekt durch die Erlaubnis unbeschränkter Verwendung während der offenen Geschäftszeit und Beschränkungen der letzteren geregelt. Die Arbeiterinnenschutzgesetze verweisen hinsichtlich des weiblichen Ladenpersonals auf diese Beschränkungen. Nur Neuenburg setzt ausserdem eine Maximalarbeitsdauer von wöchentlich 65 Stunden fest und stellt ein Verbot der Beschäftigung nach 9 Uhr abends auf. Ein solches Verbot kennt auch Baselstadt und Bern (8 Uhr).

Für die tägliche Arbeitsdauer besonders des weiblichen Personals sind demnach die Vorschriften über Ladenschluss wesentlich, wiewohl Arbeitszeit und Ladenzeit nicht ohne weiteres zusammenfallen.

Der Ladenschluss an Werktagen ist folgendermassen geordnet:

Zürich: $^1/_2$9 Uhr abends, am Samstag und im Dezember 9 Uhr; die Gemeinden dürfen früheren, in den Monaten von April bis Oktober auch späteren Ladenschluss einführen. In der Stadt Zürich ist Ladenschluss für 7 Uhr, am Samstag für 5 Uhr angeordnet, für bestimmte Geschäftszweige, die dem täglichen Bedarf dienen, auch am Samstag 7 Uhr (Vdg. v. 2. IV 1921 Art. 1, 2).

Solothurn: 7 Uhr, am Samstag 8 Uhr, in einzelnen Gemeinden auf Gesuch eine Stunde später (Vereinbarung d. Ladenbesitzer vor dem Regierungsrat v. 8. April 1919 Art. 1).

Baselstadt: $6^1/_2$ Uhr morgens bis 7 Uhr abends, vom 15. bis zum 31. Dezember und während der Messezeit bis 8 Uhr abends (Ges. v. 29. I. 1920 § 3).

Neuenburg: 7 Uhr, am Samstag 8 Uhr (Ges. v. 19. III. 1919 Art. 1).

Ausnahmebewilligungen sehen vor: Stadt Zürich, Baselstadt und Neuenburg für bestimmte Betriebe und bestimmte Zeiten. In

Baselstadt kann der Regierungsrat nach Anhörung der Geschäftsinhaber und Angestellten für einzelne Geschäftszweige die Schließung der Verkaufslokale an einem halben Werktage jede Woche verfügen.

Was die Sonn- und Feiertage betrifft, besteht nur in Zug kein grundsätzliches Verbot der Oeffnung von Ladengeschäften. Schwyz und Nidwalden verbieten den Ladenschluss während des Vormittagsgottesdienstes, Obwalden auch während des Nachmittagsgottesdienstes, Uri bis Schluss des Gottesdienstes vormittags und nach 4 Uhr nachmittags. Appenzell i. Rh. erlaubt Oeffnung der Läden nur von 7 Uhr morgens bis Beginn des Gottesdienstes. In Bern ist die Regelung grundsätzlich den Gemeinden überlassen, für die Gemeinden ohne Reglement ist das Offenhalten der Läden von 10—2 Uhr erlaubt. Basel-Land, Graubünden und Wallis überlassen die Regelung ebenfalls den Gemeinden, doch erlaubt das Bündnergesetz das Öffnen der Läden vor, das von Wallis vor und nach dem Gottesdienst.

Alle andern Kantone verfügen grundsätzlich den Ladenschluss an gesetzlichen Ruhetagen. Von diesen Verfügungen sind zahlreiche Ausnahmen vorgesehen, teils im Sinne einer Verschärfung für hohe Feiertage, teils Erleichterungen. Dem Handelsgewerbe eigentümlich sind nur diejenigen Ausnahmen, die für bestimmte Jahreszeiten, oder bestimmte Tage, oder bestimmte Arten von Waren den Sonntagsverkauf von Gesetzes wegen generell oder auf Grund besonderer Bewilligungen freigeben.

So gestatten zahlreiche Gesetze ausnahmsweise das Oeffnen der Läden an Sonntagen im Dezember (in Luzern auch im Juli und August) oder kurz vor Weihnachten, sowie an bestimmten Festtagen wie Kirchweih usw. Die auf bestimmte Arten von Waren sich beziehenden Ausnahmen gelten meist dem Verkauf von Fremdenartikeln, Saisonwaren wie Blumen und Früchten, Zeitungen namentlich im Bahnhofverkauf, und den Gegenständen des täglichen Lebens- und Gewohnheitsbedarfes, wie Nahrungsmittel, Tabakfabrikate, Arzneien usw.

Was die Ruhetage anbetrifft, haben Sonderbestimmungen für Ladentöchter erlassen:

Bern: Ein freier Sonntag im Monat, für die anderen Sonntage Ersatz an Werktagen.

Luzern: Jede Woche ein halber Tag freizugeben, überdies an jedem Sonntag 2 Stunden zur Erfüllung der religiösen Pflichten.

Solothurn: Jede Woche ein halber freier Tag.

Appenzell a. Rh. und St. Gallen: Für jeden Arbeitssonntag ein entsprechender Ersatz an einem Werktage.

Graubünden: Für Arbeit am Sonntagnachmittag Ersatz durch einen freien halben Tag.

Aargau: Ein freier Sonntag im Monat, überdies jeden Sonntag Freizeit zum Besuch des Gottesdienstes, für jeden Arbeitssonntag Ersatz durch einen halben freien Werktag.

Insoweit keine besonderen Bestimmungen für das Ladenpersonal über Ruhetage gelten, sind die allgemeinen Ruhetagbestimmungen massgebend.

Diese Bestimmungen, die Schutzvorschriften zwingenden Rechtes sind, stellen den Rahmen dar, in welchem sich die vertragsmässige Normierung der Arbeitszeit, auch diejenige durch GAV, bewegen kann.

Die bestehenden Gesamtarbeitsverträge passen sich grösstenteils der Fabrikarbeitszeit an und setzen die wöchentliche Arbeitszeit mit 48 Stunden fest. Das rührt daher, dass die überwiegende Zahl der GAV, die auch kaufmännisches Personal betreffen, von Konsumvereinen abgeschlossen sind, die das Bureaupersonal mit dem technischen Personal gleich behandeln und zu letzterem auch die Verkäufer, bezw. Verkäuferinnen zählen.

Nur 44 Stunden sehen die GAV der Konsumgenossenschaften Bern, Solothurn und Zürich (44—48) vor. Die KG Winterthur sieht 46—48, die KG Arbon, Biel, Chaux-de-Fonds und Wetzikon sehen 47 Stunden vor. Hingegen haben eine längere wöchentliche Arbeitszeit der KV Bellinzona (55 Std.), der Buchhändler-GAV (52 Std.) und der GAV der Gesellschaft der Naturfreunde (47—52 Std.)

Die Einteilung der täglichen Arbeitszeit ist bei den KV Aarau, Arbon, Basel, Bellinzona und Bern je nach dem Geschäftsbedürfnis: 7, $^1/_2$8, 8—12 und 2—6 oder 7. Der Samstagnachmittag ist frei. Bei den anderen Konsumvereinen und Lebensmittelgeschäften ist die Tageszeiteinteilung der Verwaltung vorbehalten. Vielfach findet sich die Bestimmung, dass an Vorabenden vor Neujahr, Karfreitag und Weihnacht eine Stunde früher Arbeitsschluss einzutreten habe, als an sonstigen Werktagen.

Die Normen des Verbandes der Handelsfirmen Zürich und des Kaufmännischen Vereins Zürich erklären als übliche Arbeitszeit für kaufmännische Bureauangestellte in geschlossenen Betrieben (Bureaux, Verwaltungen usw.) 44—48 Stunden pro Woche. Die Erhebungen des Kaufmännischen Vereins über die kaufmännischen Anstellungsverhältnisse in Zürich 1928 ergaben, dass von 1532 Angestellten 33% 45 Arbeitsstunden in der Woche hatten, 23% 48 Arbeitsstunden, 18,9% 44 Arbeitsstunden.

Ueber das vertraglich bestimmte oder übliche Mass der Arbeit hinaus ist der Handlungsgehilfe nur dann verpflichtet, Mehrarbeit zu leisten, wenn sie notwendig ist, wenn er sie zu leisten vermag

und wenn die Weigerung der Uebernahme einen Verstoss gegen Treu und Glauben bedeuten würde (Art. 336). Die Mehrarbeit ist, was die Kommentatoren ausschliesslich berücksichtigen, Ueberzeitarbeit, sie kann aber auch Extraarbeit sein in dem Sinne, dass dem Handlungsgehilfen ausser seinem gewöhnlichen Pensum noch eine Arbeit übertragen wird, die ihm sonst nicht obliegt.[1])

Mehrarbeit wird beim Handlungsgehilfen namentlich in Betracht kommen als Saisonmehrarbeit (Frühjahrsinventur, Zeit der Geschäftsabschlüsse, Weihnachts-, Ostergeschäft usw.). Die Gewerbegesetze enthalten vielfach Beschränkungen der Zulässigkeit von Ueberzeitarbeit, besonders für Ladenpersonal. Die Arbeiterinnenschutzgesetze lassen in der Regel eine Beschäftigung des weiblichen Personals über die sog. offene Geschäftszeit nicht zu. Basel-Stadt gestattet ohne behördliche Bewilligung eine ausnahmsweise Verlängerung der gesetzlichen Arbeitszeit für Laden- und Bureaupersonal (mit Ausnahme der leitenden Verwaltungsratsmitglieder, Vorstandsmitglieder, Direktoren, Prokuristen und an der Leitung beteiligten Handlungsbevollmächtigten) um eine Stunde und 26 Stunden im Kalenderjahr, mit behördlicher Bewilligung eine Verlängerung um 2 Stunden täglich und 60 Stunden im Jahr für weibliches, 100 Stunden für männliches Personal (Ges. v. 8. April 1920).

Neuchâtel gestattet ausnahmsweise mit behördlicher Bewilligung eine Verlängerung der Arbeitszeit für weibliches Laden- und Bureaupersonal (ohne Fixierung der Stundenzahl) für höchstens 50 Tage im Jahr (Ges. v. 26. April 1901 Art. 8). Glarus und der Tessin machen keinen Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Angestellten, ebensowenig zwischen Laden- und Bureaupersonal. Tessin gestattet mit behördlicher Bewilligung eine Verlängerung um 2 Stunden täglich (Ges. v. 20. Nov. 1912), Glarus desgleichen, aber mit der Beschränkung auf über 18 Jahre altes Personal und auf höchstens 40 Arbeitsstunden im Jahr (Ges. v. 6. Mai 1923 § 6).

In den Gesamtarbeitsverträgen wird ausdrücklich hervorgehoben, Ueberzeitarbeit sei möglichst zu vermeiden und nur auf die Erledigung dringender Arbeiten zu beschränken. Sie wird, wie wir bei Erörterung der Lohnfragen sehen werden, vorzugsweise entschädigt. Es ist für Leistung solcher Arbeit eine besondere Anordnung des zuständigen Vorgesetzten gefordert.

Die einheitliche Dienstordnung für das Bankpersonal vom 30. Nov. 1929 bestimmt darüber folgendes: „Im Falle der Notwendigkeit ist das Personal verpflichtet, ausserhalb der ordentlichen

[1]) Der Anspruch auf Lohnzuschuss wird unter den Pflichten des Dienstherrn (III. Kap.) behandelt werden.

Dienststunden und insbesondere auch am Samstag Nachmittag, auf Anordnung der Geschäftsleitung zur Erledigung laufender oder dringender Geschäfte zu arbeiten, dies namentlich zur Zeit der Abschlüsse oder wenn infolge zahlreicher Abwesenheiten wegen Militärdienstes, Krankheiten usw. Arbeiten rückständig geworden sind" (§ 3 Ziff. 5).

Während in diesen Normierungen nur von Ueberzeitarbeit die Rede ist, finden wir im Dienstreglement des Allgemeinen Konsumvereines beider Basel daneben auch noch Extraarbeit erwähnt (§ 28). Obschon dieser Begriff nicht definiert ist, ist doch aus der besonderen Behandlung der Entschädigung neben derjenigen für Ueberzeit zu schliessen, dass er in dem von uns oben umschriebenen Sinne zu verstehen ist.

2. Sorgfaltspflicht und persönliches Verhalten.

Gemäss Art. 328 ist der Dienstpflichtige nicht nur für absichtliche und fahrlässige Schadenshandlungen dem Dienstherrn verantwortlich, was schon aus Art. 99 ohne weiteres sich ergeben hätte, sondern es ist ihm überdies eine besondere Sorgfaltspflicht auferlegt.

Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich naturgemäss in erster Linie nach dem Vertragsverhältnis, die vertraglichen Bestimmungen dürften aber gerade in diesem Punkte in der Regel wenig aufschlussreich sein. Im übrigen würde man zu ganz unbilligen Ergebnissen gelangen, wollte man daneben nicht noch andere Momente berücksichtigen. Der Gesetzgeber stellt daher noch weiter ab:

a) Auf den Bildungsgrad und die Fachkenntnisse, die zu der in Betracht kommenden Arbeit verlangt werden. Bei der kaufmännischen Anstellung spielt die Vorbildung eine besondere Rolle. So hebt beispielsweise die bereits genannte Bankpersonalordnung besonders hervor, dass unter kaufmännischem Personal (im Gegensatz zum Hilfspersonal) solches verstanden wird, das eine dreijährige Lehrzeit in Bank- oder Handelshaus oder in industriellem Unternehmen bezw. wenigstens zwei Jahre öffentlicher oder gleichwertiger Handelsschule und überdies eine zweijährige kaufmännische Tätigkeit in einer Bank oder anderem Geschäft aufzuweisen hat (§ 4).

Es gibt im allgemeinen keinen ungelernten Handlungsgehilfen. Hingegen kennt die Praxis unter den Handlungsgehilfen Abstufungen nach Bildung und Fachkenntnis, wie Anfänger oder Gehilfen, selbständig arbeitendes Personal, besonders qualifiziertes Personal und leitendes Personal mit Dispositionsbefugnissen.

Betriebswissenschaftlich[1]) lässt sich die kommerzielle Arbeit der Handlungsgehilfen einteilen in leitende Arbeit (Direktoren, Abteilungschefs, Filialleiter), verwaltende Arbeit (Buchhalter, Kassiere, Einkäufer, Verkäufer, Lagerchefs) und operative Arbeit (Stenotypistinnen, Hilfskräfte).

b) Die Fähigkeiten und Eigenschaften des Dienstpflichtigen, die der Dienstherr gekannt hat oder hätte kennen sollen. Da der Dienstvertrag ein persönliches Verhältnis ist, spielen die individuellen Fähigkeiten und Eigenschaften eine besondere Rolle. In der vom Gesetzgeber geforderten Berücksichtigung der persönlichen Qualitäten liegt eine Abschwächung der ausschliesslichen Berücksichtigung von Bildung und Fachkenntnissen.[2]) Wenn der Unternehmer, vielleicht um Lohn zu sparen, einem Minderbefähigten Aufgaben überträgt, die seiner Begabung nicht angemessen sind, so hat er selbst die Folgen zu tragen.[3])

Einen besonderen Maßstab legt der schweizerische Normalarbeitsvertrag für Handelsreisende an diese Kategorie von Handlungsgehilfen an, indem er ihnen auferlegt, die Interessen des Dienstherrn „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes" wahrzunehmen (Art. 3). Dieser dem deutschen Recht entnommene Begriff, den das OR nicht kennt, nimmt eine besondere Art der Sorgfalt als Maßstab, diejenige, welche der normale kaufmännische Verkehr fordert und die von einem verständigen, gewissenhaften Kaufmann beobachtet wird.[4])

Die Verletzung der Sorgfaltspflicht stellt sich als Vertragsverletzung[5]) dar, die eine Schadenersatzpflicht auslöst (Art. 97 ff), unter Umständen die Befugnis des Dienstherrn, das Verhältnis durch Rücktritt (Art. 352) aufzuheben, der seinerseits gleichfalls noch weitere Schadenersatzfolgen nach sich ziehen kann (Art. 353).

Oft begnügt sich der Dienstherr mit dieser Schadenersatzpflicht nicht, die bei der in der Regel nicht sehr bemittelten Klasse der Handlungsgehilfen sich als ungenügend erweisen kann. Er fordert den Erlag einer Kaution für eventuelle Schadenfälle. Es kommt dies in den Gesamtarbeitsverträgen vielfach zum Ausdruck. So fordern die GAV des KV Arbon, Rüti-Tann und Turgi für Verkaufspersonal eine Kaution von Fr. 1'000.—. Der KV Solothurn fordert eine solche Kaution selbst von Bureaulisten. Der KV Winterhur fordert in seinem GAV 1'000 bis 2'000 Franken je nach der Grösse des Verkaufslagers, der KV Erstfeld schafft einen Kautionsfonds aus Gehaltabzügen ($^1/_2$%) monatlich). Der KV Biel überlässt in

[1]) Schmalenbach, Die Betriebsverwaltung.
[2]) Oser, 2 Art. 328, Rossel 378 N 3.
[3]) Gew. Ger. St. Gallen bei Rohr S. 16/17.
[4]) Vgl. Staub, Anm. 3 § 347 HGB und die dort zit. Lit. u. Judik.
[5]) v. Tuhr, S. 324, Oser, Bem. II 5 b Art. 41, Becker, Bem. 1 ff. vor Art. 41 ff.

seinem GAV der Wahlbehörde die Bestimmung einer Kaution, ebenso der KV Schaffhausen.

Das Dienstverhältnis hat aber nicht nur einen schuldenrechtlichen, sondern auch einen personenrechtlichen Inhalt. Der Handlungsgehilfe ist Glied des Geschäftsorganismus. Daraus folgt dass er einerseits im wesentlichen seine ganze kaufmännische Tätigkeit dem Dienstherrn zur Verfügung halten muss, und dass er andererseits auch eine unwesentliche kaufmännische Nebentätigkeit nicht gegen das Interesse des Prinzipals ausüben, insbesondere demselben keine Konkurrenz machen darf.

Das OR hat ein solches Konkurrenzverbot nur im Hinblick auf das Vollmachtverhältnis ausgesprochen, das zwischen dem Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes und dem Prokuristen oder dem Generalhandlungsbevollmächtigten besteht, und zwar selbst wenn diese Personen in keinem Dienstverhältnis zum Geschäftsinhaber stehen. Im Gegensatz dazu bezieht sich das Konkurrenzverbot auf andere Handlungsbevollmächtigte nur, insofern sie Angestellte (in einem Dienstverhältnis) des Geschäftsinhabers sind (Art. $464_{,1}$).

Darnach könnte scheinen, dass nur Handlungsgehilfen mit Vertretungsbefugnis vom Konkurrenzverbot während der Dauer des Dienstverhältnisses betroffen werden. Allein abgesehen davon, dass bei Handlungsgehilfen ohne Vertretungsbefugnis (z. B. Bureaupersonal, das lediglich mit Buchhaltung, Korrespondenz u. dgl. befasst ist) ein solches Konkurrenzverbot vertraglich unbeschränkt festgelegt werden kann, im Gegensatz zu den Beschränkungen des Konkurrenzverbotes nach Beendigung des Dienstverhältnisses,[1]) ist folgendes in Betracht zu ziehen:

Das Konkurrenzverbot für die Dauer des Dienstverhäitnisses wird sich meist aus dem Anstellungsvertrag, ohne dass darüber ausdrücklich etwas bestimmt ist, implicite dadurch ergeben, dass z. B. bestimmt wird, der Angestellte habe seine ganze Zeit dem Geschäft des Dienstherrn zu widmen und keine Nebengeschäfte zu betreiben. Des weiteren dürfte in den meisten Fällen die Betätigung des Handlungsgehilfen in einem Konkurrenzgeschäft zu einer Pflichtenkollision führen, die einerseits eine Verletzung der dem Dienstverhältnis besonders eigentümlichen Treuepflicht bedeuten würde, andererseits auch der allgemeinen Verbindlichkeit eines jeden, bei Ausübung seiner Rechte und bei Erfüllung seiner Pflichten zu handeln (Art. 2 ZGB), widerstreiten müsste (BGE 23 II 1168).[2])

In der Tat enthalten die meisten Gesamtarbeitsverträge direkt oder indirekt Bestimmungen gegen Konkurrenztätigkeit der

[1]) Guggisberg, S. 20 ff., Staub, § 59 HGB, Bem. 39 ff.
[2]) Oser, 2 a B Art. 464, 2 d Art. 356, Huber, Sten. Bull. 1909 S. 594.

Angestellten. Als Beispiel einer solchen Bestimmung sei § 12 der GAV des Verbandes schweizerischer Konsumvereine Basel genannt, der folgendermassen lautet:

„Die Angestellten haben, wenn nicht ausdrücklich anderes vereinbart ist, ihre Arbeitszeit ausschliesslich dem Verbande zu widmen. Es ist ihnen untersagt, während dieser Zeit andere Arbeiten auszuführen. Ebenso ist ihnen untersagt, sich in Börsengeschäfte oder Warenspekulationen einzulassen. Ferner dürfen sie nicht Arbeiten für Private ausführen oder sich an Geschäften oder Unternehmungen beteiligen, wenn dadurch ihre Dienstzeit in Anspruch genommen wird oder wenn solche Arbeit einem Konkurrenzgeschäfte Vorteile verschaffen könnte".

Auch die bereits genannte einheitliche Dienst- und Besoldungsordnung für das Bankpersonal bestimmt in Art. 2 Abs. 3 unter anderem: „Jede Betätigung im Interesse eines Konkurrenzinstitutes ist verboten".

Es wurde des weiteren bereits die Bestimmung des schweizerischen NAV für Handelsreisende erwähnt, die in Art. 3 lit. b dem angestellten Reisenden verbietet, ohne schriftliche Erlaubnis seiner Firma für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte abzuschliessen oder zu vermitteln.

Ein solches Konkurrenzverbot ergibt sich schon aus Art. 464 für den im Dienstverhältnis stehenden Reisenden, durch obige Bestimmung ist es aber noch verschärft. Das Verbot des Art. 464 erstreckt sich nämlich auf die Konkurrenztätigkeit für eigene oder für fremde Rechnung im Geschäftszweige des Dienstherrn. Es kann auch stillschweigend aufgehoben werden durch wissentliche Duldung einer Betätigung mit solchem Charakter.[1]) Der NAV erstreckt hingegen das Verbot auf sämtliche Geschäfte, die nicht für den Geschäftsherrn getätigt werden, somit auch auf solche ohne Konkurrenzcharakter, und verlangt für die Bewilligung solcher Geschäfte eine schriftliche Erlaubnis der anstellenden Firma. Im übrigen ist die Fassung des Art. 3 lit. b nicht einwandfrei, da beim allgemeinen Verbot eigener Geschäfte der Reisende für seinen persönlichen Bedarf z. B. keine Einkäufe machen dürfte. Offenbar sind nur Erwerbsgeschäfte gemeint, die auf Gewinn berechnet sind.

Die Folge der Uebertretung des Konkurrenzverbotes besteht nach Art. 464,$_2$ nicht in der Ungültigkeit des unerlaubten Geschäftes, sondern in der Befugnis des Dienstherrn, das verbotene Geschäft auf eigene Rechnung zu übernehmen und Ersatz des verursachten Schadens zu fordern. Die Uebernahme auf eigene Rechnung ist allerdings nur möglich, wo der Abschluss auf Rechnung des Handlungsgehilfen erfolgt ist und selbst in diesem Falle braucht

[1]) Oser, 2 Art. 464, Becker, N 3 ff. Art. 464.

sich der Vertragspartner des Handlungsgehilfen den Eintritt des Dienstherrn ins Vertragsverhältnis nicht gefallen zu lassen.

Die Uebernahme des verbotenen Geschäftes durch den Dienstherrn ist nämlich keine Subrogation, es liegt nur der Fall einer cessio necessaria vor, die sich der Handlungsgehilfe gefallen lassen muss. Mit einer solchen Abtretung können die Ansprüche des Handlungsgehilfen gegen seinen Vertragsgegner an den Dienstherrn übertragen werden, nicht aber das ganze Vertragsverhältnis, es wäre denn mit Zustimmung des Dritten.[1])

Es wird also meist mehr auf den Entschädigungsanspruch abgestellt werden, was aber nicht ausschliesst, Eintrittsrecht und Extraanspruch zu kombinieren, zumal wenn beim Handlungsgehilfen nicht viel zu holen ist.

Wie das Konkurrenzverbot eigentlich als Ausfluss der Treuepflicht des Handlungsgehilfen anzusehen ist, so ist aus dieser auch noch die weitere Folgerung zu ziehen, dass er zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse verpflichtet ist. Wenn das OR auch keine gesetzliche Sonderbestimmung zum Schutze dieser Geheimnisse kennt, wie sie das deutsche Wettbewerbsgesetz vom 27. Mai 1896 (§ 9) und der Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 139, vgl. auch Art. 286, 287, 234) vorsehen, so gehört nichtsdestoweniger die Geheimsphäre zu den Persönlichkeitsgütern, die unter dem allgemeinen Schutz des Art. 28 ZGB stehen.[2])

Insbesondere die wirtschaftliche Persönlichkeit besitzt ihre eigene Geheimsphäre in den geschäftlichen und technischen (auch nicht patentfähigen) Geheimnissen, zu deren Geheimhaltung besonders der Angestellte, der mit oder ohne Willen des Prinzipals den Zutritt zu solchen Kenntnissen erlangt, auch im Hinblick auf Art. 2 ZGB gesetzlich verpflichtet ist. Sogar nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses darf er, wie das Bundesgericht sich ausgesprochen hat, wohl seine im Unternehmen erworbenen Fähigkeiten und Erfahrungen verwerten, nicht aber von Einsichten Gebrauch machen, die er ohne Willen des Prinzipals erlangt oder die ihm unter Auferlegung besonderer Geheimhaltungspflicht anvertraut worden sind (BGE 23, 211, 25 II, 521).[3])

[1]) Oser, 2 a Art. 465, v. Tuhr, S. 727 ff.

[2]) Egger, 2. Aufl. N. 39 ff., Art. 28 ZGB.

[3]) Vgl. auch Germann, Vorarb. S. 85, Verhdlg. d. schweiz. Jur. Ver. 1924, ZSR 43.

III. Pflichten des Dienstherrn.

1. Die Lohnpflicht.

A. Fester Lohn (Pauschallohn).

a) Lohnhöhe und Zahltag.

Der Lohn, als Gegenleistung für die Arbeit, gehört nach Art. 319 zum wesentlichen Inhalt des Dienstvertrages. Die Leistung dieses Entgeltes bildet zugleich die Hauptverpflichtung des Dienstherrn. Im Entgelt muss eine Vermögenszuwendung liegen. Gleichgültig ist, ob sie in einer Geldzahlung, einer Naturalleistung, in der Zession einer Forderung oder im Erlass einer Schuld liegt.

Als Geldzahlung wird die Vergütung entrichtet in Form von festem Gehalt, Provision, Tantième, Gratifikation und Spesen. Diese Formen können miteinander auch kombiniert werden. Naturalleistungen bestehen gewöhnlich in der Ueberlassung einer Wohnung oder in Gewährung der ganzen Verpflegung. Sie können mit Geldzahlungen kombiniert werden.

Neben der Einteilung in Geld- und Naturallohn spielt diejenige in Zeit- und Stücklohn (Akkord) eine Rolle, je nachdem Zeiteinheiten oder Leistungseinheiten der Berechnung des Lohnes zugrunde gelegt werden (Art. 319,$_2$). Es kommt auch eine Kombination von Zeit und Stücklohn in Betracht.

Ueber die Löhnung stellt Art. 330 die Vorschrift auf: „Der Dienstherr hat den Lohn zu entrichten, der vereinbart oder üblich oder in Normalarbeitsverträgen oder in den für ihn verbindlichen Gesamtarbeitsverträgen aufgestellt ist".

Die Uebung kommt erst als Erkenntnisquelle für die Lohnberechnung in Frage, wenn alle übrigen Erkenntnismöglichkeiten (ausdrückliche Vereinbarung, Arbeitsordnung, Gesamtarbeitsvertrag, NAV) versagen.[1]) Dass die Uebung unter Umständen auch aus einem für die Vertragsparteien nicht verbindlichen GAV heraus erkannt werden kann, wurde bereits hervorgehoben (I. 1. c.).

Von den 303 GAV, die bei der Erhebung vom 31. Mai 1929 in der Schweiz festgestellt wurden, finden sich Bestimmungen über Zeitlohn in 292 Verträgen; darunter sind 208 Verträge mit ausschliesslichen Zeitlohnbestimmungen, 84 Verträge mit Zeit- und

[1]) Schneider & Fick, N. 31 Art. 330.

Stücklohnbestimmungen, 6 Verträge mit ausschliesslichen Stücklohnbestimmungen. Die Gruppe „Handel" (hauptsächlich Konsumvereinverträge) enthält nur Zeitlohnbestimmungen. Doch sehen neben dem festen Lohn oder ausnahmsweise statt eines solchen rund 10% der Verträge eine Entlöhnung nach dem Provisionssystem vor.[1])

Wo die Löhne im Vertrag selber unmittelbar geregelt sind, handelt es sich in formaler Hinsicht entweder um Löhne schlechthin, um Mindestlöhne oder um Durchnittslöhne. Ziemlich häufig ist neben dem Minimallohn auch ein Maximallohn vorgesehen und wird eine Löhnungsspanne angegeben, wobei meist die verschiedenen Kategorien von Angestellten auseinander gehalten werden. Die Staffelung erfolgt nach dem Grade der Qualifikation oder nach Dienstjahren, bezw. unter Berücksichtigung beider Momente. Auch das Geschlecht spielt bei der Lohnfestsetzung eine Rolle, indem für weibliche Angestellte in der Regel niedrigere Sätze gelten.

Ein Bild dieser Lohngestaltung gibt die im GAV des Verbandes schweizerischer Konsumvereine aufgestellte Gehaltsordnung, bei deren Darstellung wir das technische Personal unberücksichtigt lassen. Es werden für das Bureaupersonal einerseits und für das Ladenpersonal andererseits, und zwar gesondert für das männliche und weibliche Personal, Gehaltsklassen aufgestellt mit Minimum und Maximum, wobei auch noch der Betrag der automatisch eintretenden jährlichen Erhöhung berücksichtigt wird. Ausserdem können, wenn die Geschäftsverhältnisse es rechtfertigen, jährliche Extrazulagen durch besonderen Beschluss der Verwaltung gewährt werden, um den einzelnen Angestellten am materiellen Erfolg des Unternehmens zu interessieren.

[1]) Wirtsch. und sozialstat. Mitt. III. Jhg. 461.

Personal	Jahresgehalt Minimum Fr.	Jahresgehalt Maximum Fr.	Jährliche Erhöhg.	Event. Extra-Zulage
Bureaupersonal				
I. 1. Kommis I. Kl. (besonders qualifizierte, selbständig arbeitende Angestellte, denen die Arbeitskontrolle ihrer Abteilung zugewiesen werden kann)	5000	8000	400	400
2. Kommis II. Kl. (tüchtige, selbständig arbeitende Angestellte, nach vollendetem 24. Altersjahr)	4800	7200	300	400
3. Männliches Bureauhilfspersonal, Kommis unter 20 Jahren	3000	5200	200	400
II. 1. Weibliche Bureauangestellte I. Kl	4000	5400	250	400
2. Weibliche Bureauangestellte II. Kl.	3000	4800	250	400
3. Weibliche Bureauangestellte III. Kl.	3000	4200	200	400
4. Verkäuferinnen I. Kl.	4000	5000	200	400
5. „ II. Kl.	3600	4600	200	400
6. „ III. Kl. über 18 Jahren	3000	4000	200	400
7. Verkäuferinnen III. Kl. unter 18 Jahren	2400	—	—	400

Die einheitliche Dienst- und Besoldungsordnung für das Bankpersonal der Plätze Basel, Bern, Luzern, St. Gallen und Zürich vom 30. November 1929 macht folgende Einteilung des Personals nach Gehaltklassen (§ 5):

I. Kaufmännisches Personal, d. h. solches mit dreijähriger Lehrzeit in Bank- und Handelshaus oder in industriellem Unternehmen bezw. mit wenigstens zwei Jahren öffentlicher oder gleichwertiger Handelsschule und überdies zweijähriger kauf-

männischer Tätigkeit in einer Bank oder anderem Geschäft. Dieses Personal wird untergeteilt in:

a) Anfänger oder Gehilfen vom 18. bis 24. Altersjahr;

b) Angestellte nach vollendetem 24. Altersjahr, welche leichtere Arbeit verrichten, insbesnndere Kontroll- und Hilfsbücher führen oder leichte Korrespondenz besorgen;

c) Sebständig arbeitendes Personal nach vollendetem 24. Altersjahr: Schalterbeamte, Buchhalter, Korrespondenten und Angestellte, welche Abrechnungen über Wechsel, Devisengeschäfte, Effekten- und Börsenoperationen, sowie ähnliche Arbeiten selbständig besorgen. Kenntnis in zwei Sprachen in Wort und Schrift.

d) Besonders qualifiziertes, selbständig arbeitendes Personal.

e) Abteilungschefs-Stellvertreter, Souschefs, Gruppenchefs, Beamte mit Handlungsvollmacht und Prokuristen, ohne eigentliche Dispositionsbefugnis.

f) Abteilungschefs sowie Prokuristen mit Dispositionsbefugnis.

Die anderen Klassen kommen für unsere Darlegungen nicht in Betracht, insbesondere das Bureauhilfspersonal, nämlich ungelerntes Personal oder solches ohne kaufmännische Tätigkeit, sowie das Hilfspersonal (Abwarte, Laufburschen usw.).

Die Gehaltansätze stellen sich wie folgt:

Klasse		Basel			Bern			Luzern			St. Gallen			Zürich		
		Minima Fr.	Maxima Fr.	Ordtl. Erhöhg. Fr.	Minima Fr.	Maxima Fr.	Ordtl. Erhöhg. Fr.	Minima Fr.	Maxima Fr.	Ordtl. Erhöhg. Fr.	Minima Fr.	Maxima Fr.	Ordtl. Erhöhg, Fr.	Minima Fr.	Maxima Fr.	Ordtl. Erhöhg. Fr.
1 a	vor der Volliährigkeit	2700	—		2800	—		2700	—		2700	—		—	—	—
	nachher	3240	4800	237	3240	5400	250	3240	4600	237	3240	4600	237	3240	5400	230
1 b	vor 25. Altersjahr	4140	—	237	4320	—	250	4140	—	237	4140	—	237	4320	—	230
	nach 25. „	4600	7200	185	4800	7600	200	4600	7200	185	4600	7200	185	4800	7800	230
1 c		5130	9000	280	5400	9200	250	5130	9000	260	5130	9000	260	5400	9500	270
1 d		5400	9600	280	6300	10000	245	5400	9400	265	5400	9600	280	6300	10500	280
1 e		6480	10000	240	7200	11500	285	6480	10000	235	6480	10800	290	7200	12000	320
1 f	vor voll. 30. Alterjahr	7200	—*	—*	7650	—	—*	7200	—	—*	7200	—	— *	8100	—	—*
	nach „ „ „	7650	—*	—*	8100	—*		7650	—*		7650	—*	—	8100	—*	

* Kein Maximum.

Die Erhebungen des schweizerischen Kaufmännischen Vereins über die Einkommensverhältnisse kaufmännischer Angestellter in der Schweiz im Jahre 1928 ergaben für männliche Angestellte mit spezialisierter Haupttätigkeit folgendes durchschnittliches Jahreseinkommen:

Haupttätigkeit	Landgemeinden Kleinstädte Fr.	Mittel- und Grosstädte Fr.
Kassier	7132	7920
Reisender	6284	7088
Korrespondent	6307	6442
Buchhalter	6027	6301
Kalkulator	5541	5311
Verkäufer	4691	5369
Spediteur, Expedient	4835	4844
Fakturist, Lagerist	4186	4316
Hilfsbuchhalter	3968	4140
Stenodaktylograph	3737	3553
Andere	6276	6784

Für weibliche Angestellte werden die Zahlen ohne örtliche Spezifikation angegeben:

Buchhalter-Korrespondent-Kassier	Fr. 4011
Allgemeine Bureauarbeiten	„ 3357
Stenodaktylograph	„ 3307
Hilfsbuchhalter	„ 3246
Fakturist, Lagerist	„ 3149
Verkäufer	„ 3033
Verschiedene Beschäftigung	„ 2941

An Hand dieser Daten dürfte es dem Richter nicht schwer fallen, mangels einer Vereinbarung über die Lohnhöhe zu bestimmen, was „üblich" ist. Er wird zunächst auf die Ansätze in GAV derselben Branche abstellen, auch wenn sie für die in Betracht kommenden Parteien an sich nicht verbindlich sind, in weiterer Linie werden ihm aber auch die angeführten statistischen Daten wertvolle Anhaltspunkte an Hand geben.

In Bezug auf den Zahltag setzt Art. 333 Maximalfristen[1]) fest, die zwar durch Vertrag oder Uebung abgekürzt, aber nicht

[1]) Lang, 1 a Art. 333.

verlängert werden dürfen. Eine entgegenstehende Abrede wäre nichtig, an ihre Stelle träte ohne weiteres die gesetzliche Zahlungsfrist. Nach dieser ist für Angestellte der Lohn „jeden Monat" zu entrichten.

Die gesetzliche Bestimmung entspricht der kaufmännischen Uebung. So bestimmen beispielsweise die vom Verband Zürcher Handelsfirmen, Zürich, und dem Kaufmännischen Verein Zürich aufgestellten Normen betr. die Angestelltenverhältnisse des Bureaupersonals über die Lohnzahlung (Ziffer VI): „Der Gehalt und allfällige Ueberzeitentschädigungen werden je am Schlusse eines Monats ausbezahlt". Ebenso bestimmt die vielfach genannte Bankpersonalordnung, dass die Gehälter jeweils Ende des Monats ausbezahlt werden (§ 8). Soweit sich in den GAV eine Bestimmung über den Zahlungstag findet, lautet sie ähnlich:

GAV des Lebensmittelvereins Zürich: „Die Gehaltauszahlung erfolgt bei den in Jahres- und Monatslohn stehenden Angestellten in monatlichen Raten je auf Ende eines Monats" (§ 22).

GAV des Konsumvereins Erstfeld: „Das Gehalt wird allen Angestellten je am 28. eines Monats ausbezahlt" (VIII.)

GAV des Verbandes schweizerischer Konsumvereine: „Die Gehaltauszahlung erfolgt je auf den 25. eines Monats" (§ 58).

Ueber die Pflicht des Angestellten zur Leistung von Mehrarbeit wurde bereits unter II. 1. gehandelt. Art. 336,1 sieht für diese Mehrarbeit einen Lohnzuschuss vor, „der nach dem Verhältnis zum vereinbarten Lohn und unter Würdigung der besonderen Umstände zu bemessen ist". Aus dieser Fassung ergibt sich, dass der kaufmännische Angestellte für Mehrarbeit unbedingt zu besonderer Entlöhnung berechtigt ist. Es scheint uns daher kaum richtig, wenn Lang[1]) bemerkt, dass dem Dienstherr der Beweis offen stehe, Mehrarbeit werde übungsgemäss ohne besonderes Entgelt geleistet. Es handelt sich nämlich offenbar um eine soziale Schutzbestimmung zugunsten des Dienstpflichtigen, gegen welche Uebungen nicht ins Treffen geführt werden können.

Der springende Punkt scheint uns vielmehr darin zu liegen, dass der Begriff „Mehrarbeit" kein fest umrissener ist, und es daher für den Handelsangestellten, besonders aber für das Bureaupersonal, im allgemeinen nicht leicht sein dürfte, aus dem Art. 336 Rechte abzuleiten, weil eine gewisse Ueberzeitarbeit in bestimmten Zeitpunkten zum „üblichen Mass der Arbeit" im Handelsgewerbe gehört, daher kaum als „Mehrarbeit" im Sinne des genannten Artikels angesprochen werden kann. Es kommt hinzu, dass für die

[1]) Lang, Anm. 2 Art. 336; die anderen Kommentare sprechen sich darüber nicht klar aus, doch zählt Oser den Art. 336 zu den zwingenden Vorschriften (Vorbem. 3 zum 10. Titel).

Handlungsgehilfen im allgemeinen, wie bereits unter II. 1. ausgeführt wurde, keine gesetzliche Arbeitszeit gilt, mit Ausnahme gewisser Bestimmungen für das weibliche Ladenpersonal, die mit dem gesetzlichen Ladenschluss zusammenhängen.

Der Anstellungsvertrag kann daher grundsätzlich so elastisch gefasst werden, dass von Mehrarbeit im allgemeinen nur bei Beschäftigung an gesetzlichen Feiertagen oder zu ungewohnter Nachtzeit die Rede sein könnte. Als Schranke wirkt aber immerhin Art. 2 ZGB und Art. 21 OR, der der offenbaren Uebervorteilung (Ausbeutung) einer Partei entgegentritt.

Der Mustervertrag des Kaufmännischen Vereins sieht in Art. 5 eine genaue Normierung der vertraglichen Arbeitszeit in der Sommer- und Winter-Saison vor, auch der Arbeit an Samstagen. Es wird hinzugefügt, dass an Sonntagen nicht gearbeitet wird, im weitern folgt die Klausel: „Für allfällige Inanspruchnahme des Angestellten ausserhalb der vorstehend festgesetzten ordentlichen Arbeitszeit wird eine besondere Entschädigung gewährt von . . . “.

Je nachdem somit der Dienstherr die Arbeitszeit im Vertrage festzusetzen beliebt, wird sich eine „Mehrarbeit“ ergeben oder nicht. In der Praxis wird denn auch ein gewisser freier Spielraum bemessen, innert welchem der Handlungsgehilfe Ueberzeitarbeit ohne besonderes Entgelt zu leisten verpflichtet ist. Man unterscheidet sonach unentlohnte Ueberzeitarbeit, die eigentlich noch zur üblichen Arbeitszeit gerechnet wird, und entlohnte Ueberzeitarbeit. Gemäss dem zwingenden Charakter des Art. 336 unterliegt immerhin jede vertragliche Abmachung dieser Art richterlicher Ueberprüfung.

Die Zürcher „Normen“ setzen die Arbeitszeit für kaufmännische Bureauangestellte mit 44—48 Stunden pro Woche fest. (I.). „Notwendige Ueberzeitszeit wird, soweit sie 4 Stunden pro Woche übersteigt, auf der Basis von 200 Arbeitsstunden pro Monat mit 25 % Zuschlag, solche nach 8 Uhr abends und an Sonntagen mit 50 % Zuschlag vergütet“ (II.).

Die Bankpersonalordnung bestimmt, dass die tägliche Arbeitszeit nach den Bedürfnissen des Dienstes und unter möglichster Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse festgesetzt wird. Im Falle der Notwendigkeit wird das Personal verpflichtet, ausserhalb der ordentlichen Dienststunden und insbesondere auch am Samstag nachmittag, auf Anordnung der Geschäftsleitung zur Erledigung laufender oder dringender Geschäfte zu arbeiten, dies namentlich zur Zeit der Abschlüsse oder wenn infolge zahlreicher Abwesenheiten wegen Militärdienstes, Krankheiten usw. Arbeiten rückständig geworden sind. Ueberstunden werden bezahlt, soweit sie von der Geschäftsleitung angeordnet werden und 24 Stunden im Ka-

lenderhalbjahr übersteigen. In diesem Falle werden für die Stunde Fr. 2.— vergütet.

Auch in dieser Richtung weisen die GAV der Konsumvereine weitherziges Entgegenkommen auf. Sie lassen Ueberstunden nur bei dringendem Bedürfnis und auf besondere Anordnung der Geschäftsleitung zu. Nur ein Vertrag (Solothurn) sieht keine Entschädigung für Bureaupersonal bei Ueberstunden vor. Wenige Verträge bestimmen, dass gewisse Bruchteile einer Stunde ($^1/_4$, $^1/_2$) an Ueberzeit nicht vergütet werden. Die weitaus meisten Verträge vergüten Ueberzeitarbeit folgendermassen: Tagarbeit mit einem Zuschlag von 25% des Gehaltes, Nacht- und Sonntagsarbeit mit 50% Zuschlag.

Die Berechnung des Zuschusslohnes nach einer höheren Lohneinheit ist gesetzlich nicht vorgeschrieben[1]), doch liegt in der Wendung „unter Würdigung der besonderen Umstände" (Art. 330,$_2$) auch diese Möglichkeit beschlossen. Sie wird nahegelegt durch die Norm des eidgenössischen Fabrikgesetzes, die einen Lohnzuschlag von mindestens 25% vorsieht. Die Revidierbarkeit der vertraglichen Bestimmungen in dieser Richtung durch den Richter scheint uns aus dem zwingenden Charakter des Art. 336 ohne weiteres zu folgen.

Nach den Erhebungen des Kaufmännischen Vereins über die Zürcher kaufmännischen Anstellungsverhältnisse 1928 leisteten von 1532 Angestellten 1010 oder 66% Ueberzeitarbeit. Von diesen 1010 leisteten 227 oder 22,5% regelmässig Ueberzeitarbeit, und zwar 179 oder 78,9%, unbezahlte, 34 oder 15% bezahlte. Von der ausnahmsweisen Ueberzeitarbeit, die 521 oder 51,2% leisteten, war diejenige von 341 Angestellten oder 65,5% unbezahlt und nur die Ueberzeitarbeit von 129 = 24,8% bezahlt.

Eine Vorschusspflicht besteht für zukünftige Arbeit nicht. Vorschuss im Sinne des Art. 334 kann nur auf bereits verdienten Lohn gefordert werden, und zwar unter zwei Voraussetzungen: wenn der Dienstpflichtige infolge einer Notlage dessen bedarf und der Dienstherr den Vorschuss ohne eigene Not gewähren kann. Steht sich die Notlage des Dienstpflichtigen und die Notlage des Dienstherrn gegenüber, so hört die Vorschusspflicht auf.[2])

Der Anspruch ist klagbar, eine Klage wird aber bei den kurzen Zahltagsfristen kaum praktischen Wert haben. Hingegen kann eine einstweilige richterliche Verfügung Erfolg haben, des weiteren kann Schadenersatzpflicht des Dienstherrn eintreten und unter Umständen ein wichtiger Grund zum sofortigen Rücktritt gegeben sein.[3])

---

[1]) Oser, SIZ 5, 397.
[2]) Botschaft 1909, S. 23 f., Schneider & Fick N 2 Art. 334.
[3]) Lang, 3 Art. 334, Schneider & Fick N. 7 Art. 334.

In den GAV ist ein unbedingtes Vorschussrecht des Angestellten festgelegt, z. B. im GAV des Verbandes schweizerischer Konsumvereine Basel (§ 58): „Die Angestellten sind berechtigt, auf je den 15. des Monats eine Akontozahlung von ungefähr der Hälfte des Monatsgehaltes zu verlangen". Auch ein solcher vertragsmässig zugesicherter Vorschuss ist kein Darlehen, sondern vorzeitige Lohnzahlung. Es kann aber zum Darlehen werden, wenn er nicht rechtzeitig vom Lohn abgerechnet, sondern gestundet wird.[1])

b) Verhinderung und Beurlaubung.

Grundsätzlich kann der Dienstpflichtige nur Lohn fordern, wenn er die vertraglich vereinbarten Dienste geleistet hat oder, falls der Dienstherr sich im Annahmeverzug befindet, wenn er wenigstens leistungsbereit ist. Von diesem Grundsatz macht Art. 335 aus Billigkeitsrücksichten eine Ausnahme: Unter gewissen Voraussetzungen kann der Dienstpflichtige einen Lohnanspruch geltend machen, auch wenn er mit der Leistung der vereinbarten Dienste säumig war. Diese Voraussetzungen sind:

a) Vorliegen eines Dienstvertrages von längerer Dauer;

b) Verhinderung des Dienstpflichtigen an der Arbeit durch Krankheit, schweizerischen obligatorischen Militärdienst oder durch ähnliche Gründe;

c) Mangels eines Verschuldens.

Die Folge ist: Pflicht zur Lohnzahlung für „eine verhältnismässig kurze Zeit" (Art. 335).

Der Art. 335 enthält zwingendes Recht, denn er ist sozialer Fürsorgenatur.[2]) Die Unbestimmtheit im Begriff der längeren Dauer des Dienstvertrages hat die gewerberechtliche Praxis dahin gelöst, dass sie unter diesem Begriff einen Dienstvertrag versteht, der entweder schon zum voraus auf längere Dauer abgeschlossen wurde, oder der bereits längere Zeit gedauert hat.[3]) Dies wird insbesondere angenommen, wenn für die Auflösung desselben eine wenigstens monatliche Frist vereinbart oder gesetzlich vorgeschrieben war oder bei kürzeren Kündigungsfristen, wenn das Dienstverhältnis bereits ein Jahr gedauert hatte.[4])

---

[1]) Hafner, ZSR 40 S. 309, Schneider & Fick N. 6 Art. 334.

[2]) Scheider & Fick mit anderer Begründung (gegenseitige Fürsorge- und Treuepflicht im Dienstverhältnis), Huber. Sten. Bull. Nat. Rat 1909, S. 744.

[3]) Ob. Ger. Solothurn SIZ 14, S. 317, Ob. Ger. Aargau SIZ 19, S. 225, Gew. Ger. Bern 1919, S. 47, Eidg. Vers. Ger. SIZ 19, S. 86.

[4]) Rohr, S. 31, HE 17, 286; BIV 33, 175, 44, 33.

Als verhältnismäßig kurze Zeit, für welche der Anspruch auf Lohnzahlung besteht, sieht das Gewerbegericht Bern an:[1])

Dienstdauer	Lohnzahlung
1— 2 Monate	2—4 Tage
3 „	1 Woche
6 „	2 Wochen
9 „	3 „
1 Jahr	1 Monat
2— 4 Jahre	2 Monate
5— 9 „	3 „
10—14 „	4 „
15—19 „	5 „

In einer Eingabe des Kaufmännischen Vereines an den Ständerat vom 26. August und 12. Oktober 1909 wurde seinerzeit für das Handelsgewerbe vorgeschlagen: während des ersten Jahres der Anstellung mindestens ein Monat, nach einjähriger Anstellung mindestens zwei Monate. Die vereinigten Kommissionen des National- und Ständerates (Prot. vom 5. Oktober 1911) haben für den Krankheitsfall bei Handelsangestellten Lohnanspruch während eines Monats vorgeschlagen.

Der Vorschlag des Kaufmännischen Vereines entsprach der Verkehrssitte. Er hat sich in der Folge überwiegend in der Praxis durchgesetzt. Der sehr verbreitete kaufmännische Angestelltenvertrag, wie er vom Zentralkomitee dieses Vereines entworfen und empfohlen wurde, sieht im Art. 4 bei Krankheit (und Unfall) voller Gehalt vor, und zwar während des ersten Jahres der Anstellung bis auf die Dauer von mindestens einem Monat, nachher bis auf die Dauer von mindestens zwei Monaten.

Die vielfach genannten „Normen“ des Platzes Zürich sind einerseits etwas schärfer, andererseits aber auch weitergehend. Der Gehalt wird im Krankheitsfalle bei einer Anstellungsdauer bis zu drei Monaten nicht bezahlt. Nach drei Monaten wird er während einer Woche, nach 6 Monaten während 2 Wochen, nach 9 Monaten während 3 Wochen, nach einem Jahr während eines Monats, nach 2 Jahren während 2 Monaten, nach 3 und mehr Jahren während 3 Monaten innerhalb Jahresfrist bezahlt (IV.).

Die GAV geben ein uneinheitliches Bild in dieser Richtung. Der Buchhandel entrichtet bei Krankheit im ersten Anstellungsjahre einen Monat lang den Lohn, im zweiten Anstellungsjahre 2 Monate, nachher 3 Monate. Die Basler Versicherungsgesellschaft beläßt die Gehaltszahlung bei Krankheit im 1.—3. Dienstjahr den Bestimmungen des OR, vom dritten Dienstjahre aufwärts zahlt sie den Gehalt bei Krankheit folgendermaßen:

[1]) Gew. Ger. Bern 1926 No. 19.

vom 3. — 6. Jahre	3 Monate	100 %	3 Monate	50 %
„ 6. —10. „	6 „	100 %	6 „	50 %
„ 10.—15. „	9 „	100 %	3 „	50 %
„ 15. „	12 „	100 %,		

Bei den Konsumvereinen müssen sich die definitiv Angestellten bei einer Krankenkasse versichern, die Arzt-, Apotheke- und Pflegekosten bezahlt. Außerdem sind sie vom Verein gegen Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle versichert, und zwar bei der Schweiz. Unfallversicherungsanstalt, ohne daß sie zur Prämienzahlung herangezogen werden. Den von der Unfallversicherung nicht gedeckten Teil des Lohnausfalles übernimmt der Konsumverein, sofern der Unfall von der genannten Anstalt als entschädigungsberechtigt anerkannt wird.

In der Gehaltzahlung für den Krankheitsfall sind die Konsumvereine meist weitherzig. Der Verband schweizerischer Konsumvereine Basel geht in dieser Richtung am weitesten. Jedem definitiv Angestellten, der infolge nicht selbstverschuldeter Krankheit den Dienst aussetzen muss, wird der Gehalt während 6 Monaten ganz, während der folgenden 6 Monate zur Hälfte ausbezahlt. Wöchnerinnen erhalten für die Zeit von 2 Wochen vor der Niederkunft bis 4 Wochen nach diesem Zeitpunkt den vollen Gehalt ausbezahlt. Mit Ablauf eines Jahres seit der Erkrankung wird das Dienstverhältnis aufgehoben (§ 30). Weniger weit gehen die GAV der andern KV. Bern gewährt bei einer Anstellungsdauer bis zu 2 Jahren 3 Monate, sonst 6 Monate vollen Gehalt, Solothurn ohne Rücksicht auf die Dienstzeit 3 Monate 100 % und 3 Monate 50 %, Zofingen 3 Monate 100 %, Winterthur 3 Tage 100 %, 6 Monate 80 %.

Es gibt aber auch Konsumverein-GAV, die in dieser Richtung die Leistungen knapp halten. So leistet Chaux-de-Fonds bei einer Dienstzeit unter einem Jahr nur für 14 Tage, sonst für 27 Tage Gehalt und Bellinzona im ersteren Fall sogar nur 1 Woche, im letzteren für 2 Wochen 100 %, für weitere 2 Wochen 50 %.

Es ist jedoch zu bemerken, daß der zwingende Charakter des Art. 335 OR sich auch gegenüber Bestimmungen von GAV derogierend auswirken kann, wenn sie sich als unzulänglich erweisen sollten. Das dürfte eventuell gegenüber dem GAV des KV Bellinzona der Fall sein, besonders wenn das Dienstverhältnis nahezu ein Jahr gedauert hat und nur für 1 Woche Krankheitsgehalt geleistet wird.

Die bereits genannte Bankpersonalordnung bestimmt: „Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall wird das Gehalt im ersten Dienstjahr nach Maßgabe des OR ausbezahlt, nachher während 3 Monaten das volle Gehalt. Bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit liegt die Ausrichtung des vollen Gehaltes oder eines

Teiles davon im Ermessen der Geschäftsleitung, welche ihren Entscheid in billiger Würdigung aller Verhältnisse des Einzelfalles treffen wird" (§ 10). Das Abstellen auf das OR bei nicht überjähriger Dienstzeit ist wenig aufschlußreich, da ja die Bestimmung des Art. 335 elastisch gefasst werden mußte, um allen Arten von Dienstverhältnissen Rechnung zu tragen. Wenn daher schon eine vertragliche Ordnung getroffen wird, so erwartet man eine Regelung, die zu Zweifeln möglichst wenig Anlaß mehr gibt.

Daß unter „Krankheit" im Sinne des Art. 335 auch Unfall begriffen wird, wie es die GAV und andere Ordnungen ausdrücklich betonen, dürfte ausser Zweifel sein.[1]) Aber auch Schwangerschaft, ferner Fehlgeburt, Frühgeburt, Kindbett gelten unter Umständen als Krankheit, wobei zwischen ehelicher und ausserehelicher Schwangerschaft und ihren Folgeerscheinungen kein rechtlicher Unterschied besteht.[2])

Nach Art. 335 hat der Angestellte den Nachweis des Nichtverschuldens zu führen. Nicht unverschuldet ist eine Krankheit die man sich durch Extravaganzen, durch Leichtsinn oder kriminell strafbares vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln zugezogen hat. Allerdings macht nicht jedes unachtsame, leichtsinnige Verhalten eine Erkrankung zu einer selbstverschuldeten. Es ist vielmehr auf die Anschauungen des Verkehrs, sowie auf die besondere Lage des betreffenden Falles Rücksicht zu nehmen. Das Betreiben eines Sportes, bei dem erfahrungsgemäß die Gefahr der Verletzung grösser ist als bei durchschnittlichen Lebensgewohnheiten, ist an sich noch kein Verschulden.[1])

Die Frage, ob im Fall von Krankheit und Unfall der Dienstpflichtige sich die wirtschaftlichen Vorteile, die ihm dadurch anderweitig zukommen, anrechnen lassen muß, entscheidet das BG über Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (Art. 130) im positiven Sinne, indem das von der Kasse gewährte Krankengeld vom Lohne abgezogen werden darf, sofern der Dienstherr wenigstens die Hälfte der Versicherungsbeträge auf eigene Kosten geleistet hat. Der Mustervertrag des Kaufmännischen Vereins läßt jedoch zur Anrechnung nur einen solchen Betrag zu, der zu dem Gesamtbetrag der Krankengelder und Unfallentschädigungen in demselben Verhältnis steht wie der Krankenkassen- oder Prämienbetrag der Firma zu dem Gesamtbetrag der vom Angestellten an diese Kassen zu leistenden Beiträge und Jahresprämien (Art. 4).

---

[1]) Hafner in SIZ 45, S. 317, Schneider & Fick, N. 30 Art. 335.

[2]) Prot. der vereinigten Kommissionen d. National- und Ständerates v. 5. Okt. 1910. and. Meinung Reinert 43, Oser, 3 Art. 335.

[3]) Reinert, S. 43, Oser 3 Art. 355, Schneider & Fick N. 70 Art. 355.

Endigt die Krankheit durch den Tod des Angestellten, so erlischt dadurch das Dienstverhältnis (Art. 335) und damit der Lohnanspruch. Nichtsdestoweniger findet sich in der Praxis vielfach die Einrichtung eines Besoldungsnachgenusses.

So bestimmen die Zürcher Normen (VII): „Im Falle der Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Tod des Angestellten wird seinen Hinterbliebenen (Ehegatte, Kinder unter 18 Jahren, unterstützte Eltern) der Gehalt für den Rest des Sterbemonates und bei Dienstverträgen, die noch nicht über ein Jahr gedauert haben, der Gehalt für einen weiteren Monat, bei überjährigen Dienstverhältnissen der Gehalt für 2 weitere Monate ausbezahlt."

Die Bankpersonalordnung gewährt sogar einen Besoldungsnachgenuß von 3 Monaten, und bei mehr als 3 Jahre Dienstzeit von 6 Monaten, bei mehr als 15jähriger Dienstzeit in der Höhe einer Jahresbesoldung (§ 12).

Die GAV der Konsumvereine gewähren einen Besoldungsnachgenuß von 1—6 Monaten je nach der Länge der Dienstzeit (z. B. Verband der KV § 34, Lebensmittelverein Zürich § 23).

Der Krankheit gleichgestellt wird in Artikel 335 obligatorischer schweizerischer Militärdienst. Darunter muß jede Leistungspflicht verstanden werden, zu der sich der Einberufene nicht freiwillig erboten hatte. Nach Art. 8 der Militärorganisation vom 12. April 1907 erstreckt sich die Dienstpflicht auf den Instruktionsdienst (Rekrutenschule und Wiederholungskurse) und auf den aktiven Dienst. Nach Art. 10 kann jeder Wehrmann zur Bekleidung eines Grades angehalten werden.

In der Praxis wird der Militärdienst im allgemeinen weniger günstig behandelt, als Verhinderungen durch Krankheit. Die Entlöhnung ist in der Regel eine verschiedene, je nach der Art des obligatorischen Dienstes. Ueberdies wird oft der Militärdienst an den Ferien des Angestellten abgerechnet.

Am ausführlichsten ist in der Regelung der Gehaltszahlung während des Militärdienstes die Bankpersonalordnung. Sie richtet die Besoldung zeitlich unbeschränkt aus bei Abwesenheit im aktiven Dienst und Ordnungsdienst, sonst bis zu 90 Tagen in einem Jahr bei Abwesenheit in der Rekrutenschule, in Wiederholungskursen, in Unteroffizierschulen in den Offizierschulen und in den obligatorischen Schulen und Kursen, die der Wehrmann als Unteroffizier oder Offizier zu leisten hat. Ledige Angestellte ohne Unterstützungspflichten haben Anspruch auf die volle Besoldung während Abwesenheit in den obligatorischen Wiederholungskursen, auf 75% ihrer Besoldung bei Abwesenheit in der Rekrutenschule, die sie als Rekrut bestehen, und auf 50% der Besoldung während der Dauer anderer genannten Militärdienste (§ 11).

Ein Militärdienst von über 2 Wochen wird auf die Ferien des betreffenden Jahres in der Weise angerechnet, daß je 2 Diensttage einem Feiertag gleichgesetzt werden. Immerhin soll den Angestellten unter allen Umständen eine Woche Ferien gewährt werden (§ 14 Ziff. 4).

Aehnlich gestaltet sind die „Normen" für Bureauangestellte des Platzes Zürich und der GAV der Konsumvereine: während der Rekrutenschule der halbe, während der ordentlichen Wiederholungskurse der ganze Gehalt, teilweise Berechnung mit Ferien.

Abzügen des Soldes vom Lohn sind wir in der Praxis nicht begegnet. Die Zulässigkeit solcher Abzüge dürfte übrigens fraglich sein.[1])

Den Gegensatz zur Arbeitsverhinderung bildet die Beurlaubung. Ein gesetzlicher Anspruch auf Ferien besteht nicht, und kann insbesondere nicht aus Art. 341 abgeleitet werden.[2]) Ferien können somit nur beansprucht werden, wenn sie vertraglich zugesichert werden. Die Abmachung bestimmt auch über die Frage der Lohnzahlung während der Ferien.

Der Mustervertrag des Kaufmännischen Vereines sieht in Art. 6 eine Bestimmung vor, nach welcher dem Angestellten ein alljährlicher bezahlter Urlaub gewährt wird, dessen Dauer die Parteien näher zu bestimmen haben. Die Zürcher „Normen" sehen einen bezahlten Ferienurlaub von 12 Arbeitstagen im Jahre vor, nach dem 10. Dienstjahr 18 Arbeitstage. Wer in der Zeit vom 1. Januar bis 30. April die Stelle antritt, hat noch im gleichen Jahre Anspruch auf 6tägige Ferien (III). Die Bankpersonalordnung sieht bezahlte jährliche Ferien von 2 Wochen vor für Angestellte bis zum vollendeten 30. Altersjahr, 3 Wochen für solche bis zum vollendeten 50. Altersjahr und 4 Wochen für die älteren Jährgänge. Angestellte, die während der ersten 6 Monate des Jahres eintreten, haben Anspruch auf wenigstens die Hälfte der ordentlichen Ferien (§ 14).

Die GAV der Konsumvereine sehen meistens 1 Woche bezahlte Ferien im ersten Dienstjahr vor, nachher 2 Wochen, nach 10 Dienstjahren 3 Wochen.

---

[1]) Die vereinigten Kommissionen des National- und Ständerates (Prot. v. 5. X. 1910) hatten sich auf den Abzug der Hälfte des Barsoldes geeinigt, doch haben die Vorschläge im Gesetz keine Aufnahme gefunden. Doch dürften die Leistungen des Dienstherrn billigerweise reduziert werden, wenn er nachweisen könnte, dass der Dienstpflichtige im Militärdienst ökonomisch besser gestellt ist, als während der Dienstzeit.

[2]) Lang, Anm. 4 Art. 341, Schneider & Fick N. 8 Art. 341. Eine gesetzliche Regelung ist in Art. 14 des bernischen Warenhandelsgesetzes v. 9. Mai 1926 enthalten: „Jeder Angestellte und Arbeiter hat nach einem Dienstjahr Anspruch auf mindestens sechs Arbeitstage Ferien." Die Bestimmungen der kantonalen Arbeiterinnenschutzgesetze über Ferien beziehen sich nicht auf kaufmännisches Personal.

Bei vertraglicher Zusicherung bezahlter Ferien bleibt es dem Dienstpflichtigen anheimgestellt, wozu er seine Ferien verwendet. Doch sehen z. B. die GAV der meisten Konsumvereine vor, dass die Ferien vornehmlich zu Erholungszwecken zu verwenden seien. Bei Verwendung zu Erwerbszwecken wird der Lohn nicht ausbezahlt.

Sind die Ferien durch die Dauer der bisherigen Dienstzeit bedingt, so können sie gefordert werden, ohne Rücksicht darauf, wie lange das Dienstverhältnis noch fortgesetzt wird, insbesondere auch wenn die Stelle bereits gekündigt ist.[1]) Doch kann für die nichtgewährten Ferien nicht der Lohn gefordert werden, da der Ferienanspruch einen idealen und nicht vermögensrechtlichen Charakter trägt.[2]) Immerhin scheint uns gegebenenfalls eine Genugtuungsforderung aus Verletzung in den persönlichen Verhältnissen (Art. 28 ZGB) nicht ausgeschlossen.

Ueber die Ferienverhältnisse der kaufmännischen Angestellten gibt die im Dezember 1928 für den Platz Zürich vom Kaufm. Verein durchgeführte Erhebung einige nicht uninteressante Angaben. Von 1532 Angestellten meldeten 1437 die Gewährung von Ferien, und zwar erhielten die meisten 12 Arbeitstage Ferien im ersten Anstellungsjahr, eine erhebliche Anzahl wenigstens 6 Arbeitstage.

---

[1]) Lang. Bem. 5 Art. 341.

[2]) Gew. Ger. St. Gallen 1922, 143, bei Rohr, S. 48, anderer Meinung Lang, Bem. 5 d Art. 341.

Variable Lohnformen.

Der feste Lohn ist nicht die einzige Form des Entgeltes für Dienstleistungen. Neben dem Lohn, der unter Zugrundelegung von Zeiteinheiten berechnet wird (Zeitlohn), kommt auch ein Entgelt in der Form der Beteiligung (meist in Prozenten) an den Einnahmen des Betriebes vor. Wird bei dieser Beteiligung nicht auf das finanzielle Gesamtresultat abgestellt, sondern auf die Einzelgeschäfte, die seitens des Dienstpflichtigen abgeschlossen oder vermittelt werden, so spricht man von Provision.[1])

Provision ist demgemäß gleichfalls ein Arbeitsentgelt, aber nicht mit Pauschalcharakter wie der Lohn, sondern als Beteiligung an einem bestimmten Arbeitserfolg (variabler Erfolgsanteil). Diese Form der Entlöhnung kommt im Dienstverhältnis vornhemlich beim Handelsreisenden zur Anwendung, und zwar entweder als einzige Entlöhnungsform oder als kombiniert mit festem Lohn. Das OR enthält über diese Lohnform keine Bestimmungen. Die empfindliche Lücke wurde erst durch den schweizerischen NAV für Handelsreisende vom 7. Juli 1931 ausgefüllt, der in der Form eines Bundesratsbeschlusses ergangen und am 1. Oktober 1931 in Kraft getreten ist.

Gemäß Art. 4 NAV besteht das Entgelt des Reisenden aus einem festen Gehalt mit oder ohne Umsatzprovision. Daneben hat der Reisende Anspruch auf Spesenersatz. Durch diese Bestimmungen soll das sog. reine Provisionsverhältnis ausgeschlossen werden. Es soll künftighin einem Dienstherrn nicht ohne weiteres möglich sein, beliebig viele Reisende ohne Uebernahme eines finanziellen Risikos einzustellen[2]) Die Uebernahme bestimmter Verpflichtungen soll ihn daran hindern, unzuverlässige und untaugliche Elemente auf die Bevölkerung loszulassen. Er soll mittelbar durch das Kostenrisiko zu einer gewissenhaften und vernünftigen Auswahl veranlaßt werden, auch wird dadurch die Ausbeutung des Reisenden möglichst vermieden. Insbesondere sollen dem Reisenden, dem etwa eine Zeit lang keine Abschlüsse gelingen, wenigstens seine Auslagen gesichert bleiben (Spesenersatz), zumal er schon durch Vorsprechen bei Interessenten vielfach der Firma gewisse Propagandadienste leistet.

Freilich liegt es in der Natur des NAV, dass seine Bestimmungen nicht zwingend sind, denn Art. 11 erklärt ausdrücklich den Inhalt dieses NAV nur als Vertragswille, sofern nicht Abweichungen davon schriftlich vereinbart werden. Allein schon der Bestand eines solchen NAV und der Zwang zur schriftlichen Festlegung

[1]) Oser, III Art. 330, Lang, N. 6 Art. 230.

[2]) Vgl. Horand, S. 7 über die Entstehungsgesch. d. NAV.

von Abweichungen wird seine Wirkung kaum verfehlen.

Es wird als Mangel des Art. 4 gerügt, dass er nicht gewisse Ansätze für den festen Lohnanteil vorsieht, wie sie von den Angestelltenverbänden vorgeschlagen wurden.[1]) Allein der fakultative Charakter läßt den NAV für solche ziffermäßigen Festsetzungen nicht gerade als geeignet erscheinen, und zwingende Bestimmungen zu treffen, die über diejenigen des OR hinausgehen, liegt nicht im Bereich eines derartigen Erlasses.

Was zunächst den Spesenersatz anbetrifft, so hat diese Vergütung insofern gleichfalls Lohncharakter, als sie zur Deckung solcher Auslagen dient, die dem Angestellten unter allen Umständen, also auch dann erwachsen, wenn er sich zu Hause aufhält. Dahin gehören namentlich die Auslagen für Ernährung.[2]) Die Spesen sind dazu bestimmt, nicht nur die Beförderungskosten und den Mehraufwand, sondern den gesamten Lebensunterhalt des Reisenden während der Reisezeit zu bestreiten. Art. 10 NAV spricht denn auch von der Vergütung aller ihm durch die Reisetätigkeit erwachsenen Kosten. Diese Lohnnatur der Spesen (BGE 18, 823) wird wichtig für den Fall, dass der Prinzipal den Reisenden aus Willkür nicht reisen läßt oder vorzeitig entläßt. Als wesentlicher Bestandteil der dem Reisenden vertragsmäßig zugesicherten Einkünfte dürfen sie ihm nicht willkürlich entzogen werden.[3])

Ihrer Lohnnatur gemäß genießen die Spesen auch das Konkursprivileg des Art. 219 a (erste Gläubigerklasse).

In Ermangelung einer anderweitigen schriftlichen Abrede hat der Reisende gemäß Art. 10 NAV nur soviel Spesen zu fordern, als er tatsächlich verausgabt hat. Daraus folgt, daß der Reisende über seine Ausgaben rechnungspflichtig ist. Daß die Spesen angemessen sein müssen, geht aus dem Zweck der Tätigkeit des Reisenden hervor, sowie aus der das Dienstverhältnis beherrschenden Treuepflicht. Die Wahl der Wagenklasse, der Hotels, der rascheren und teueren oder der langsameren und billigeren Verkehrsmittel hängt davon ab, welchen Rang das Haus einnimmt, das der Reisende vertritt, und was das geschäftliche Interesse des Hauses erfordert.[4])

Ausdrücklich hebt ferner Art. 10 NAV die Verpflichtung des Dienstherrn hervor. Bei Beginn der Reisetätigkeit dem Reisenden einen angemessenen Pauschalbetrag zum voraus zu entrichten.

Was die Provision anbetrifft, geht aus Art. 5,1 NAV hervor, daß zwischen einer vereinbarten Umsatzprovision und einer einem

[1]) Horand, S. 25.
[2]) Lang, N. 7 Art. 330.
[3]) Reinert, 68, Staub, Anm. 37 a § 59 HGB, Horrwitz 72, Reichsgericht in IW 99, 230.
[4]) Berl. Kaufm. GI 1908, S. 265.

anderen Provisionsverhältnis unterschieden werden muß. Ist Umsatzprovision vereinbart, so hat der Reisende einen Provisionsanspruch „auf sämtlichen Aufträgen von Bestellern, die zu dem ausschließlich ihm zugewiesenen Kundenkreis gehören". Die Umsatzprovision umfaßt somit sowohl das indirekte wie das direkte Geschäft, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob es durch die Mitwirkung des Reisenden abgeschlossen wurde. Es umfaßt insbesondere auch Nachbestellungen der Kunden.

Den Gegensatz dazu bildet das, was wir mit Abschlußprovision bezeichnen würden: Voraussetzung des Provisionsanspruches ist das Zustandekommen des Geschäftes durch die Tätigkeit des Reisenden. Dies ist Regel, wenn nichts anderes vereinbart wurde (Arg. aus Art. $5_{,1}$ NAV).

Die Provision gilt gemäß Art. 6 NAV „als verdient, sobald die Firma die übermittelte Bestellung angenommen hat". Es gilt also eine gewisse Gleichstellung in dieser Richtung mit dem Mackler (Art. 413). Andererseits nähert sich der Provisionsanspruch einigermassen demjenigen des Kommissionärs, indem auch die Ausführung des Geschäftes eine Rolle spielt. Der Anspruch „fällt dahin, wenn eine Bestellung aus Gründen, die nicht vom Dienstherrn verschuldet sind, unausgeführt bleibt" (Art. $5,_2$ NAV). Damit ist auch das Interesse des Dienstherrn gewahrt. Der Reisende soll nicht durch Zuführung „fauler Kunden" sich Nutzen verschaffen.

Der Fassung des Art. $5,_2$ ist im Zusammenhalt mit Art. 6 folgendes zu entnehmen:

Der Provisionsanspruch entsteht zwar nicht schon mit der Aufnahme der Bestellung durch den Reisenden, aber mit der Annahme derselben durch die Firma. Die Provision ist in diesem Augenblicke „verdient" (Art. 6). Der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit ist damit noch nicht bestimmt. Eine Pflicht des Dienstherrn, gute Bestellungen des Reisenden auch anzunehmen, besteht nicht. Der Dienstherr ist in seinen Geschäftsdispositionen nicht gebunden (BGE 26 II 774).

Als auflösende Bedingung wirkt, wenn die angenommene Bestellung in der Folge ohne Verschulden des Dienstherrn unausgeführt bleibt. Der Beweis des Nichtverschuldens an der Unterlassung der Ausführung einer bereits angenommenen Bestellung obliegt dem Dienstherrn, der den Provisionsanspruch bestreitet.

Es wäre jedoch unbillig, wenn der Reisende auf die Ausführung der Bestellung warten müßte, nachdem seine Provision durch die Annahme der Bestellung seitens seiner Firma bereits verdient ist. Art. 7 NAV bestimmt demgemäß, daß soweit wie möglich auf Monatsende, keinesfalls aber später als zwei Monate nach Annahme der Bestellungen, auf denen die Provision verdient ist,

die Provisionsabrechnung zu erfolgen habe. Nach dieser Abrechnung hat sodann gemäß Art. 8 NAV „tunlichst bald" auch die Auszahlung der Provision zu erfolgen, jedenfalls nicht später als drei Monate, nachdem die provisionspflichtige Bestellung von der Firma angenommen worden ist.

Vorbehalten bleiben lediglich diejenigen Fälle, in denen die Ausführung der Bestellung wesentlich später erfolgt als ihre Annahme (Art. $8_{,2}$). Damit sollen offenbar im Interesse des Dienstherrn Käufe auf Abruf (Sukzessivkäufe) ausgenommen werden.

Ist bei der monatlichen Abrechnung der Lieferungswert einer Bestellung noch nicht genau bekannt, so wird die Provision vorläufig auf Grund einer Mindestschätzung des Fakturabetrages angerechnet (Art. $7_{,2}$).

In jedem Falle ist der Reisende entsprechend der geleisteten Arbeit „im Sinne von Art. 334 OR" vorschußberechtgt, soweit der Dienstherr den Vorschuß ohne eigene Not zu gewähren vermag (Art. 9). Not des Reisenden wird zum Unterschied vom OR nicht verlangt. Die Besserstellung des Reisenden gegenüber anderen Handlungsgehilfen in dieser Richtung ist wohl dem Umstand zuzuschreiben, daß die Variabilität des Entgeltes beim Reisenden schon an sich ein Moment der Unsicherheit in sich schließt, das beim Festbesoldeten fehlt.

Schließlich darf der Provisionsberechtigte in gleicher Weise wie der commis intéressé (Art. $330_{,2}$ OR), über den noch weiter zu behandeln sein wird, bei Meinungsverschiedenheiten über die Grundlagen der Provision verlangen, dass ihm „die für die Abrechnung maßgebenden Bücher und Belege vorgelegt werden" (Art. $7_{,3}$)

Ueber die Höhe des Provisonssatzes ist im NAV nichts bestimmt. Er richtet sich somit im Sinne des Art. 330 nach Vereinbarung und Uebung, soweit nicht GAV eingreifen. Ebensowenig ist bestimmt, von welchem Betrage die Provision gefordert werden kann. Art. 7 spricht bei der Abrechnung vom Lieferungswert der Bestellung und vom Fakturabetrag. Damit kann wohl nur der Nettobetrag gemeint sein, d. h. daß Skonti, Fracht, Zölle und andere Kosten, die der Dienstherr zu zahlen hat, in Abzug zu kommen haben, da sie den Kaufpreis mindern.[1])

Sog. „Retouren", d. h. vom Kunden zurückgewiesene Sendungen sind im Sinne des Art. $5_{,2}$ provisionspflichtig, wenn den Dienstherrn ein Verschulden trifft (z. B. mangelhafte oder verspätete Lieferung).

Auf andere Provisionsverhältnisse als auf Handelsreisende ist der NAV nicht zugeschnitten. Er gilt nur „für den Vertrieb"

[1]) Staub, Anm. 13 § 88 HGB, Berl. Aeltesten bei Dove-Apt 52.

von „Erzeugnissen oder Handelswaren“ (Art. 1). Inseraten-aquisiteure, Abonnentensammler, Versicherungsagenten im Dienstverhältnis u. dgl. m. unterstehen somit in Bezug auf ihre Provisionsansprüche den Vorschriften des OR. Es entscheidet über die Höhe der Provision, die ja auch im NAV offen gelassen ist (Art. 330). Es dürfte wohl selten vorkommen, dass über einen so wesentlichen Punkt wie den Provisionssatz, nicht abgemacht wird. Fällig dürfte die Provision erst mit dem Eingang der Zahlung werden, zum entsprechenden Teil auch schon mit dem Eingang von Teilzahlungen (Prämien). Erst mit diesem Akt ist nämlich der Geschäftserfolg, auf den die Provision gestellt ist, eingetreten.[1]) Die 1- bis 3-monatliche Zahlungspflicht beim Handelsreisenden ist eben Ausnahmebestimmung, die übrigens schriftlich geändert werden kann.

Die Vorschußpflicht des Dienstherrn nach Art. 334 OR findet aber naturgemäss auch auf diese Verhältnisse Anwendung.

Im Gegensatz zur Provision steht die Tantième, die auf das finanzielle Gesamtergebnis abstellt. Man spricht in diesem Falle gewöhnlich von commis intéressé. Auch dieses Verhältnis ist im OR nicht besonders geregelt mit Ausnahme der Bestimmung des Art. $330_{,2}$, wonach der tantièmeberechtigte Angestellte Anspruch auf die nötigen Aufschlüsse über Gewinn und Verlust und, soweit erforderlich, auf Büchereinsicht hat, die ihm selbst oder einem durch Vereinbarung, bezw. den Richter, bezeichneten Vertrauensmann zu gewähren ist.[2])

Tantièmen werden mit wenigen Ausnahmen nur in Dienstverträgen zwischen Prinzipal und höheren, mit besonderen Dispositionsbefugnissen ausgestatteten Angestellten vorgeschen, die unmittelbar durch ihre Tätigkeit das Geschäftsergebnis beeinflussen (Direktoren, Abteilungschefs usw.). Sie haben daher rechtlich Lohncharakter, sind jedoch nicht zu verwechseln mit blossen Gratifikationen. Diese haben, wenn sie nicht im voraus versprochen werden, reinen Schenkungscharakter. Sind sie bedingt im Anstellungsvertrage vorgesehen, so können sie wohl Lohncharakter annehmen, stellen sich aber im Gegensatz zur Tantième nicht als Anteil aus dem Geschäftsergebnis dar, zumal sie meist in Pauschalbeträgen zur Ausrichtung gelangen.[3])

Einer solchen Gratifikation sind wir im GAV des Verbandes schweizerischer Konsumvereine begegnet. Die Bestimmung (§ 51) lautet dort; „Um den einzelnen Angestellten nicht nur in genos-

[1]) Vgl. Reinert, S. 51, Lehmann-Ring N. 2 § 88, HGB, Düringer-Hachenburg N. 6 § 88 HGB, a. M. Staub, Anm. 3 § 88 HGB.

[2]) Analog dem Recht des Aktionärs (Art. $641_{,4}$). Es ist die nötige Rücksicht auf das Geschäftsgeheimnis zu nehmen (vgl. Sten Bull. Nat.-Rat 1909 S. 640).

[3]) Reinert, 64, Lang N. 4 Art. 330, HE 9 328, 16, 115.

senschaftlicher Beziehung, sondern auch in materieller Hinsicht am Betrieb und an der Entwicklung des VSK zu interessieren und so seine Arbeitsleistung und Arbeitsfreude in seinem Interesse und zum Wohle des ganzen zu heben und zu fördern, wird den diesem Vertrage unterstellten Angestellten jährlich eine durch besonderen Beschluss festgesetzte Extrazulage gewährt, wenn die Verhältnisse des VSK es gestatten und die Stellung und die Tätigkeit des einzelnen Angestellten es rechtfertigt".

Die hier vorgesehene „eventuelle Extrazulage", wie sie in der Gehaltrubrik bezeichnet wird, ist kaum als reine Schenkung anzusprechen. Sie ist nämlich fest versprochen, wenn auch unter gewissen Bedingungen. Die Ausrichtung steht nicht ganz im Belieben des Dienstherrn, sie ist auch nicht als renumeratorisches Schenkungsversprechen einzuschätzen, da die Ausrichtung periodisch mit dem Zweck der Lohnaufrundung erfolgt.

Der Umstand aber, dass die Zulage nicht in ein festes Verhältnis zum Ertrag gesetzt und dass sie von Bedingungen abhängig gemacht wird, die z. Teil in das Ermessen des Geschäftsinhabers gestellt sind, unterscheidet sie erkennbar von der Tantième. Man kann hier nicht von einem direkten „Anteil am Geschäftsergebnis" im Sinne des Art. $330_{,2}$ sprechen, und die Folge ist, dass Aufschlüsse und Büchereinsicht dem Gratifikationsanwärter nicht gewährt werden können.[1])

Der Anteil am Geschäftsergebnis (Tantième) kann je nach Vereinbarung vom Bruttoergebnis oder vom Nettoergebnis (Reingewinn) berechnet werden. Wird er vom Bruttoergebnis berechnet (Umsatzprämie), dann ist bei Zutreffen der Voraussetzungen zur Büchereinsicht nur das Umsatzkonto und seine Grundlage (Fakturenbücher) vorzuweisen. Ist der Anteil am Reingewinn des ganzen Geschäftes gewährt, so bezieht sich die Prüfung auf die ganze Buchführung und ihre Grundlagen.[2])

Die Grundsätze, nach denen das Geschäftsergebnis oder der Gewinn und Verlust zu berechnen sind, sind mit alleiniger Ausnahme der aktienrechtlichen Bilanzgrundsätze im OR nicht festgelegt. Es ist also Sache der Parteien, sich von vorneherein über die Art der Bilanzierung und Gewinnberechnung, namentlich auch hinsichtlich der Abschreibungen, der offenen und stillen Reserven, zu verständigen. Fehlt es an einer solchen Abmachung, so wird zunächst die bisherige Berechnungsart in den Büchern des Geschäftsinhabers den Maßstab abgeben, wo das nicht angeht, sind die Bilanzgrundsätze eines ordentlichen Geschäftsmannes des gleichen Geschäftszweiges zur Anwendung zu bringen.[3])

[1]) Schneider & Fick, Anm. 69, Art. 330.
[2]) Reinert, S. 57 ff., HE 14, 151.
[3]) Lang, N. 5, Scheider & Fick, N. 52, 53, Art. 330, Reinert, S. 59 f.

Der gewinnberechtigte Angestellte kann die Bilanz nur anfechten, wenn Arglist, offenbare Unbilligkeit oder Willkür in der Wertansetzung vorliegt, nicht aber wegen Reservestellungen, die soliden und vorsorglichen kaufmännischen Grundsätzen entsprechen, auch nicht wegen einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals der Unternehmung, die in Abzug gebracht wurde.

Bei der Gewinnberechnung sind Geschäfte, die während der Dauer des Dienstvertrages abgeschlossen wurden, auch dann zu berücksichtigen, wenn sie erst nach Auflösung des Dienstvertrages erfüllt werden. Andererseits dürfen Abschreibungen, die eigentlich ausserhalb der Dienstperiode hätten gemacht werden sollen, nicht antizipiert werden.[1])

Schließlich bezieht sich der Tantièmeanspruch auf das regelmäßige Jahresergebnis, nicht auf einen Liquidationsgewinn bei Verkauf des Geschäftes. Tritt der Handlungsgehilfe während des Geschäftsjahres aus, so kann er mangels anderer Vereinbarung einen entsprechenden Teil der Tantième beanspruchen[2])

Der Revisionsentwurf zum OR vom 21. Februar 1928 gestattet bei der A.-G. die Ausrichtung von Gewinnanteilen an Mitglieder der Verwaltung und des Aufsichtsrates erst, nachdem die Einlage in den gesetzlichen Reservefonds gemacht und eine Mindestdividende von 4% (oder die statutarisch festgesetzte höhere Mindestdividende) an die Aktionäre ausgerichtet worden ist (Art. 678). Obschon, wie unter I. 2. ausgefürt wurde, die genannten Funktionäre nicht zu den Handlungsgehilfen gehören, ist doch diese, den Schutz der Aktionäre bezweckende Vorschrift zweifellos auch auf Fälle anwendbar, wo die A.-G. Angestellten mit Handlungsgehilfencharakter (Direktoren, Subdirektoren usw.) Tantièmen gewährleistet.

Es wurde bereits erwähnt, daß Lohnforderungen ein Vorzugsbefriedigungsrecht im Konkurse des Dienstherrn geniessen. Das SchK-Gesetz unterscheidet drei verschiedene Kategorien der Zeitbemessung, je nachdem es sich um Dienstbotenlohn, um Arbeiterlohn oder um „die Besoldung der Kommis und Bureauangestellten" handelt (Art. 219„ lit. a-c SchKG). Allen dreien gemeinsam ist, daß sie in die erste Gläubigerklasse eingereiht werden, somit vor allen anderen Konkursgläubigern Befriedigung erlangen.

Das Lohnprivileg umfaßt bei „Kommis und Bureauangestellten" jede Art Besoldung, da das Gesetz nicht unterscheidet, somit nicht nur den festen Lohn, sondern auch Provisionen, Gratifikationen, Tantièmen und Spesenersatz, wie dies auch aus den obigen Darlegungen über den Lohncharakter dieser Leistungen sich ergibt.[3])

---

[1]) Z. R. 1 No. 31, 2 No. 82, HE 13, S. 189.

[2]) Lang, N. 5, Art. 330, Reinert, 63.

[3]) Blumenstein Hdb. S. 682, Reichel, N. 12, Art. 219.

Mit dem nicht gerade sehr glücklich gewählten Ausdruck „Kommis" sind alle Kategorien von Handlungsgehilfen bezeichnet, die nicht ausschliesslich Bureauarbeiten leisten, insbesondere auch Prokuristen, Handlungsbevollmällmächtigte (Einkäufer, Verkäufer), Reisende, Aquisiteure u. dgl. m. Beide Kategorien zusammengenommen, Kommis und Bureauangestellte, umfassen somit alle Handlungsgehilfen.

Das Privileg ist in der Weise zeitlich beschränkt, daß nur der für einen bestimmten Zeitraum vor der Konkurseröffnung geschuldete Lohn in der ersten Klasse kolloziert wird. Dieser Zeitraum umfaßt bei Kommis und Bureauangestellten das letzte Halbjahr vor der Konkurseröffnung. Der über ein Halbjahr hinaus rückständige Lohn genießt kein Vorzugsrecht mehr, steht also den nichtprivilegierten Forderungen gleich und kommt in die fünfte Gläubigerklasse (Kurrentgläubiger).

Privilegiert ist der Anspruch als solcher und nicht der bestimmte Handlungsgehilfe. Auch bei Abtretung der Lohnforderung behält sie daher ihren Vorzugsrang, da es lediglich auf den Entstehungsgrund ankommt.[1])

2. Andere Pflichten.

Gegenüber der Entlöhnungspflicht, die dem Dienstherrn wesentlich obliegt, spielen die anderen ihm auferlegten Pflichten im Dienstverhältnis des Handlungsgehilfen keine bedeutendere Rolle.

Das OR kennt als solche Pflichten des Dienstherrn: die Zuweisung von Arbeit (Art. 331), die Ausrüstung mit Werkzeug und Material (Art. 338), die Schutzmaßregeln gegen Betriebsgefahren und die Sorge für angemessene Arbeitsräume (bei Hausgemeinschaft auch für gesunde Schlafräume) Art. 339, die Gewährung der üblichen Freizeit (Art. 341) und die Zeugnispflicht (Art. 342).

Ein Recht auf Zuweisung von Arbeit ist nur für den Akkordarbeiter vorgesehen, kommt somit für den Handlungsgehilfen nicht in Betracht. Wohl liegt dem Handlungsgehilfen erfahrungsgemäß nicht nur an der Vergütung, sondern auch an ordnungsmässiger Beschäftigung, um seine Fachkenntnisse zu bewähren und weiter auszubilden, aber einen klagbaren Anspruch auf ordnungsgemässe Arbeitszuteilung hat er nicht.

Der Mangel eines klagbaren Rechts auf Arbeit bedeutet aber noch nicht, daß dem Handlungsgehilfen nicht aus der Unterlassung von Arbeitszuteilung seitens des Dienstherrn keinerlei Rechtsansprüche

[1]) Blumenstein, S. 682 ff. Kohler, Lehrb. S. 333, Hellmann, Lehrb. S. 222, Jäger, Art. 219, No. 5.

erwachsen. Die Verletzung seines Anspruches auf ordnungsmäßige Beschäftigung kann gegebenenfalls einen wichtigen Grund zum Rücktritt vom Vertrage abgeben, wie im Kapitel IV. noch näher auszuführen ist.

Der Handlungsgehilfe kann aber auch einen materiellen Schaden erleiden, wenn aus der Nichtbeschäftigung (z. B. als Handelsreisender) ihm eine Minderung seiner Einkünfte erwächst.

Es wurde bereits hervorgehoben, daß beim Reisenden Provision und Spesenersatz Lohnposten bilden. Daraus folgt, daß vertragswidrige Verhinderung des Reisenden an seiner Reisetätigkeit einem willkürlichen Lohnentzug gleicht. Wohl hat im Prinzip der Dienstherr zu bestimmen, wie oft und wie lange er den Reisenden im Geschäftsinteresse auf Reisen schicken will, allein diese Verfügungsbefugnis hat nicht der Willkür zu entspringen, sondern dem billigen Ermessen eines ordentlichen Kaufmannes.[1])

In Bezug auf die Frage der Beweislast glauben wir auf die Analogie zum Stücklohnarbeiter (Art. 331) hinweisen zu dürfen. Hier wie dort kommt ein variabler Lohn in Betracht, den der Dienstherr nach seiner Willkür bis auf Null herabsetzen könnte, indem er eben keine genügende Arbeit zuweist, während er andererseits die Arbeitskraft des Dienstpflichtigen für sich gebunden hat. Hier wie dort ist somit der Schaden zu ersetzen, sofern der Dienstherr nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt.

Die Pflicht des Dienstherrn, den Dienstpflichtigen mit Werkzeug und Material auszurüsten, spielt hauptsächlich bei Arbeitern und gewerblichen Angestellten, kaum aber bei Handlungsgehilfen eine nennbare Rolle. Ebensowenig haben die Schutzmaßregeln gegen die Betriebsgefahren im Dienstverhältnis des Handlungsgehilfen grössere Bedeutung. Hingegen kommt die Pflicht des Dienstherrn, für angemessene und gesunde Arbeitsräume zu sorgen (Art. 339) auch beim Handlungsgehilfen besonders in Betracht.

Zu den gesundheitlichen Einrichtungen, für welche der Prinzipal zu sorgen hat, gehören unter anderem die Gewährung einer Sitzgelegenheit für den Verkäufer während der Zeit, in der er nicht verkauft, ferner ordnungsmäßige Erwärmung und Beleuchtung der Geschäftsräume, Fernhaltung von Zugluft und Feuchtigkeit, Einrichtung genügender und ordnungsmäßiger Klosetts u. dgl. m.

Schutzbestimmungen allgemeiner Art für nichtfabrikmäßige Betriebe enthalten die kantonalen Arbeiter- und Arbeiterinnenschutzgesetze, die (hier nicht in Betracht kommenden) Lehrlingsgesetze, ferner Verwaltungsvorschriften verschiedener Art. Die zum

[1]) Reinert, S. 68, Schneider & Fick, N. 83, Art. 330, Lehmann-Ring, Anm. 3 § 64, HGB.

Schutze aufgestellten Forderungen sind in der Hauptsache die obgenannten.[1])

In Bezug auf die Pflicht des Dienstherrn, dem Handlungsgehilfen die üblichen freien Stunden oder Tage zu gewähren (Art. $341_{,1}$), verweisen wir auf die Ausführungen unter II. 1. über die Arbeitszeit. Nach erfolgter Kündigung (vgl. IV.) ist dem Handlungsgehilfen für das Aufsuchen einer anderen Stellung die angemessene Zeit einzuräumen (Art. $341_{,2}$). Angemessene Zeit bedeutet hier die im Einzelfalle erforderliche Zeit sowohl hinsichtlich der Dauer wie auch hinsichtlich der Tageszeit (z. B. am Vormittag)[2]).

Zu den Pflichten des Dienstherrn gehört schließlich auch die Pflicht, dem Handlungsgehilfen ein Zeugnis auszustellen, das sich ausschließlich über die Art und Dauer des Dienstverhältnisses ausspricht. Nur auf besonderes Verlangen des Handlungsgehilfen hat sich das Zeugnis auch über seine Leistungen und sein Verhalten auszusprechen (Art. 342).

Der Artikel enthält nach richtiger Auffassung zwingendes Recht.[3]) Der Anspruch ist somit zum voraus unverzichtbar. Bestritten ist, ob er auch ex post unverzichtbar ist. Jedenfalls darf ein stillschweigender Verzicht nach Austritt aus dem Dienst nicht angenommen werden, wenn der Austretende nicht sofort ein Zeugnis verlangt. Ein Handlungsgehilfe, der sich z. B. selbständig macht, verlangt kein Zeugnis, kann sich aber später nicht behaupten und sucht wieder eine Stellung. Es wäre unbillig, wenn sein Anspruch als erloschen angesehen werden sollte.[4])

Das Zeugnis kann schon während der Dauer des Dienstverhältnisses gefordert werden, z. B. wenn der Handlungsgehilfe beabsichtigt, sich um eine Stelle zu bewerben, bei Mißerfolg der Bewerbung aber seine bisherige Stellung behalten möchte, oder wenn er in gekündeter Stellung ist und sich rechtzeitig um eine andere bewirbt.[5])

Das Zeugnis ist kein Entgeld für die geleisteten Dienste. Es ist daher gleichgültig, ob der Handlungsgehilfe seine Stelle bis zum Ablauf der Kündigungsfrist versehen hat oder nicht. Dies kann auf den Inhalt des Zeugnisses einen Einfluß üben, nicht aber auf die Zeugnispflicht. Daher kann es auch bei vorzeitiger Auflösung des

[1]) Volkw., Arbeitsr. und Sozialwirtschaft I 536.
[2]) Lang, N. 2, Art. 341.
[3]) Laur, 19 Fick N. 2, Art. 342, Lang N. 5, Art. 342.
[4]) Noch weitergehend (auch bei ausdrücklichem Verzicht) Schweiz. Kaufm. Zentralblatt 1913, No. 2.
[5]) Fick, N. 3, Gew. Ger. St. Gallen 1913, 563, scheinbar and. Meing. Lang, N. 1 Art. 342.

Dienstverhältnisses gefordert werden, gleichviel aus wessen Verschulden die Auflösung erfolgt.[1])

Der Art. 342 nennt vier Bestandteile des Zeugnisses: Art und Dauer der Dienste, Leistungen und Verhalten des Dienstpflichtigen. Die ersten zwei sind als essentialia gedacht, die letzteren zwei können nur auf Verlangen des Dienstpflichtigen bezeugt werden. Oser behandelt demgemäß den Fall als eine Art Wahlobligation und erklärt bei einmal getroffener Wahl durch den Dienstpflichtigen den Anspruch als konsumiert.[2]) Die Lösung ist unbefriedigend, sie wird nicht dem sozialen Schutzcharakter der Vorschrift des Art. 342 gerecht. Im Sinne dieser Vorschrift ist das Zeugnis: der dem Dienstpflichtigen zu seinem weiteren Fortkommen nötige Ausweis.

Soll dieser Ausweis seinem Zweck gerecht werden, so darf man dem Dienstpflichtigen nicht die Möglichkeit nehmen, von seinem Recht auf das Zeugnis den ihm am meisten dienlichen Gebrauch zu machen. Ist also das Zeugnis bereits lediglich über Art und Dauer der Dienste ausgestellt, so muß ihm das Recht dienen auch noch nachträglich die Ausdehnung des Inhaltes auf Leistungen und Verhalten zu verlangen (Vollzeugnis)[3]) Nicht weniger aber muß ihm die Möglichkeit belassen werden, ein auf Art und Dauer der Dienste eingeschränktes Zeugnis zu verlangen, wenn das anbegehrte Zeugnis über Leistungen und Verhalten wider sein Erwarten ungünstig ausgefallen ist.[4])

Was die Dauer des Dienstverhältnisses anbetrifft, so ist im allgemeinen darunter die rechtliche Dauer zu verstehen, nicht nur die Zeit, während welcher tatsächlich erfüllt wurde. Wenn also eine regelrechte Kündigung das Dienstverhältnis beendigt, so hat die Zeitangabe auch die Kündigungsfrist mitzuumfassen. Da das rechtliche Verhältnis auch während der Unterbrechungen durch Krankheit, Militärdienst usw. fortdauert, sind diese Unterbrechungen nicht anzuführen.[5])

Bezüglich der Art der geleisteten Dienste ist sie so detailliert anzugeben, wie die Interessen des Handlungsgehilfen es erfordern (z. B. beim Korrespondenten die Sprachen). Auch wenn sich der Posten als besondere Vertrauensstellung oder als höherstehendes Amt erweist, kann diese Angabe erwünscht sein.[6])

---

[1]) Laur, S. 21, Fick, N. 4 Art. 342.
[2]) Oser, Anm. 1 Art. 342, Landmann, Komm. z. Gew. Ord. 113, Anm. 3, Gew Ger. St. Gallen 1918, 284, hingegen Gew. Ger. St. Gallen 1918, 466.
[3]) Laur, S. 25 ff., Schweiz. Kaufm. Zentralbl. 1913, No. 2, Hecht, 33, 34, Staub, Anm. 5 § 73 HGB.
[4]) Laur, S. 26, Gew. Ger. St. Gallen 1918, 466, Jahrb. d. deutsch. Rechtes X zu BGB 630 Anm. 4.
[5]) Kaufm. Zentralbl. 1913, No. 2.
[6]) Kaufm. Zentralbl. 1913, No. 2, Staub, Anm. 4 § 73 HGB.

Unter „Leistungen“ versteht man das berufliche Können und seine Anwendung im Dienst, unter „Verhalten“ alle übrigen Eigenschaften, die sich nicht auf das Können und seine Anwendungsart beziehen. Doch gehören dazu nicht Eigenschaften, die mit seinem dienstlichen Verhältnis nicht in Zusammenhang stehen (politische Einstellung, religiöse Denkweise usw.), wohl aber der Entlassungsgrund, insofern er mit der Art der Diensterfüllung zusammenhängt.[1])

Der Dienstpflichtige hat Anspruch auf ein der Wahrheit entsprechendes, richtiges Zeugnis. Ein falsches Zeugnis, das aus Böswilligkeit oder Fahrlässigkeit ausgestellt wurde, macht nicht nur wie jede Nichterfüllung einer gesetzlichen Pflicht haftbar (Art. 41 ff.), sondern berechtigt den Dienstpflichtigen, die gerichtliche Nachprüfung zu verlangen mit dem Begehren, dem Dienstherrn die Berichtigung aufzutragen, eventuell in der vom Richter im Urteilsspruch formulierten Fassung.

Ein Zeugnis, das sich über die Leistungen mit den Worten aussprach „mit den Leistungen waren wir soweit zufrieden“ hat der Dienstherr angesichts dessen, dass das Gewerbegericht zur Feststellung der objektiven Richtigkeit der Einschränkung „soweit“ eine Expertise anordnen wollte, freiwillig rektifiziert.[2])

In der deutschen Praxis steht sich die objektive und die subjektive Theorie gegenüber und es ist interessant zu beobachten, dass die dortigen Gewerbegerichte eine objektiv richtige Attestierung fordern, während das Reichsgericht das subjektive Urteil des Dienstherrn schützt.[3]) Wir können uns keiner dieser Theorien verschreiben. Unserer bescheidenen Meinung nach darf dem Dienstherrn sein freies, naturgemäss mehr oder weniger subjektiv gefärbtes Urteil nicht geschmälert werden. Aber die Tatsachen, auf die das Urteil sich stützt, müssen objektiv wahr sein. Für diese Tatsachen ist dem Dienstherrn bei Bestreitung der Angemessenheit des Zeugnisses die Beweislast aufzuerlegen. Erweist sich seine Wertung als eine in guten Treuen abgegebene und mit den Tatschen nicht in Widerspruch stehende, so ist sie zu schützen, auch wenn sie möglicherweise auch besser hätte ausfallen können.

Der Dienstherr soll nicht aus Aengstlichkeit vor allfälligen Berichtigungsansprüchen sich gezwungen sehen, farblose Zeugnisse auszustellen, vielmehr soll das Zeugnis eine gewisse persönliche Note haben, was eben seinen Wert ausmacht und nicht zum wenigsten im wohlverstandenen Interesse des Handlungsgehilfen liegt.

---

[1]) Laur, 64 f., Staub, Anm. 4 § 73 HGB.
[2]) Gew. Ger. St. Gallen 1913, 303.
[3]) Vgl. die Nachweise bei Laur S. 82 ff.

IV. Die Beendigung des Dienstverhältnisses.

1. Allgemeines.

Durch den Dienstvertrag wird ein dauerndes Schuldverhältnis begründet. Die Dauerverpflichtung ist lediglich durch den Ablauf der Dienstzeit begrenzt. Der Eintritt der Beendigung erfolgt aber in verschiedener Weise, je nachdem die Zeitdauer des Bestandes zum voraus festgesetzt ist oder nicht.

Ist der Dienstvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen oder geht eine solche aus dem angegebenen Zwecke der Dienste hervor, so endigt er mangels anderweitiger Abrede ohne Kündigung mit dem Ablauf der Zeit (Art. 345). Die zeitliche Bestimmung muss genau sein. Zusagen wie: „es wird Ihnen eine dauernde Beschäftigung, eine Lebensstellung usw. zugesichert", deuten trotzdem nur auf ein für unbestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis, welches jederzeit der ordentlichen Kündigung unterliegt.[1])

Das Zeitmass kann aber durch ein Ereignis abgegrenzt werden (z. B. auf die Lebenszeit einer Person), das sich als Resolutivbedingung oder Endtermin darstellen kann. Dann ist die Schranke des Art. 351 zu beobachten: hat das Dienstverhältnis 10 Jahre gedauert, ohne dass die Bedingung oder das Ereignis eingetreten ist, so kann es vom Dienstpflichtigen gekündigt werden.

Aus dem angegebenen Zweck geht die Dauer insbesondere hervor, wenn der Dienstpflichtige nur zu vorübergehender Aushilfe eingestellt wird (z. B. ein Bücherrevisor für die Zeit des Geschäftsabschlusses, eine Verkäuferin für den Saisonausverkauf).

Die Dauer der bestimmten Dienstzeit ist zwar für die Beendigung des Dienstverhältnisses bedeutungslos. In rechtlicher Beziehung kommt aber in Betracht, dass ein auf Lebenszeit oder für länger als 10 Jahre eingegangenes Dienstverhältnis jederzeit unter Einhaltung einer halbjährigen Kündigungsfrist gekündigt werden kann (Art. 351), ferner dass auf längere Zeit abgeschlossene Dienstverträge trotz Verhinderung an der Dienstleistung einen Lohnanspruch für eine verhältnismässig kurze Zeit gewähren (Art. 335, vgl. III. 1. A. b.).

Mit dem Ablauf der bestimmten Dienstzeit endigt das Dienstverhältnis ipso jure. Diese Regel ist jedoch nur dispositiver Natur („wo es nicht anders verabredet ist" Art. 345). Die Parteien können daher bestimmen, dass das Dienstverhältnis nur dann

---

[1]) Gew. Ger. Bern 1913, S. 19. 1914, S. 22.

mit dem Ablauf der bestimmten Zeit zu Ende gehen soll, wenn eine Kündigung vorausgegangen sei, und Art. $346_{,2}$ knüpft an die Unterlassung einer verabredeten Kündigung ohne weiteres die Rechtsvermutung der stillschweigenden Erneuerung des Dienstverhältnisses. Die Erneuerung gilt für die gleiche Zeit wie bisher, jedoch höchstens für ein Jahr (Art. $346_{,1}$).

Hat die Festsetzung einer bestimmten Vertragszeit nur die Bedeutung einer Höchstdauer, dann kann das Dienstverhältnis während seiner Dauer von beiden Parteien beliebig gekündigt werden.[1])

Ist von den Parteien über die Dauer der Dienstzeit nichts vereinbart, so gilt das Dienstverhältnis als auf unbestimmte Zeit eingegangen. Ein solches Verhältnis kann von jeder Partei durch Kündigung zur Beendigung gebracht werden (Art. 347_1).

Die Kündigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft mit empfangsbedürftiger Willenserklärung, durch welches das sofortige oder befristete Ende eines dauernden Schuldverhältnisses bewirkt wird. Es gehört zu den negativen (aufhebenden) Gestaltungsrechten.[2]) Das Kündigungsrecht steht sowohl dem Dienstherrn wie dem Dienstpflichtigen zu. Die Kündigungsfreiheit setzt das Dienstverhältnis der beständigen Gefahr der Aufhebung aus. Das Gesetz hat daher aus sozialpolitischen Gründen durch eine Reihe zwingender Rechtssätze eine Art von bestandsichernden Massnahmen getroffen, um das auf unbestimmte Zeit eingegangene Dienstverhältnis bis zu einem gewissen Grade zu festigen.

Dahin gehören die Bestimmungen, dass mit der Kündigung das Dienstverhältnis nicht sofort beendet wird, sondern noch für die Dauer der Kündigungsfrist fortbestehen bleibt (z. B. Art. 347, 348), dass die Kündigung nur an bestimmten Tagen oder Terminen und sonst nicht zulässig sein soll (z. B. Fabrikgesetz 22), dass, wo fristlose Kündigung zulässig ist, und zwar aus wichtigen Gründen, gewisse Umstände nicht als wichtiger Grund verwertet werden können (kurze Krankheit, Militärdienst), Art.$352_{,3}$.

Andererseits ist Ereignissen Rechnung getragen, die eine vorzeitige sofortige Beendigung des Dienstverhältnisses herbeizuführen geeignet sind. Zu diesen gehört vor allem der Tod des Dienstpflichtigen (Art. $355_{,1}$). Die Stellung des Dienstpflichtigen ist nach Auffassung des Gesetzes unvertretbar. Die Erben sind weder verpflichtet, für einen Ersatzmann zu sorgen, noch einen durch den Tod des Dienstpflichtigen entstehenden Schaden zu tragen.[3]) Der bereits begründete Lohnanspruch geht naturge-

[1]) Hug, S. 23.
[2]) Oser, Bem. V. 102, Bem. 2 b, d, c 267, Becker, Vorb. zu 114/42, N. 6. 7: v. Tuhr, Allg. T. BGB I, 197 ff.
[2]) Lang, Bem. 1 Art. 355, Hug, 29.

mäss auf die Erben über. Ueber einen eventuellen Lohnnachgenuss wurde bereits gehandelt (III. 1. A. b.). Dem Tod des Dienstpflichtigen ist nach allgemeinen Grundsätzen gleichzutsellen ein Unmöglichwerden weiterer Dienstleistung (Art. 119). Hingegen endigt eine bloss vorübergehende Unmöglichkeit das Verhältnis nicht (vgl. über Verhinderung III. 1. A. b.).

Der Tod des Dienstherrn löst das Dienstverhältnis grundsätzlich nicht auf. Wohl darf der Dienstherr seine Rechte aus dem Dienstvertrag nicht auf einen andern übertragen, aber nur, wenn sich nicht aus der Verabredung oder aus den Umständen etwas anderes ergibt (Art. $327_{,2}$). Mit dem Tode des Dienstherrn fällt umgekehrt das Dienstverhältnis nur dahin, wenn der Vertrag wesentlich mit Rücksicht auf dessen Person eingegangen worden ist (Art. $355_{,2}$). Bei der weitaus grössten Zahl der Dienstverhältnisse trifft letzteres in der Regel nicht zu, da der heutigen Unternehmung, besonders der kaufmännischen Firma, ein gewisses Eigenleben zusteht, die sie vom Wechsel in der Person des Unternehmers sozusagen unabhängig macht.[1])

Darum hat das OR bei den handelsrechtlichen Vertretern (Prokurist, Handlungsbevollmächtigter, Handlungsreisender) den Tod des Geschäftsherrn ausdrücklich nicht als Erlöschungsgrund der Handlungsmacht erklärt (Art. 465), weil ja gerade angesichts eines solchen Ereignisses zur Fortführung der Geschäfte diese Vertretungsbefugnis besonders notwendig wird.

Bei einer iuristischen Person als Geschäftsinhaberin kann naturgemäss von Tod keine Rede sein. In jedem Falle, wo der Handlungsgehilfe den Tod des Dienstherrn zum Anlass des Rücktrittes (fristlose Kündigung) nehmen will, wird ihm der Beweis obliegen, dass Umstände eingetreten sind, bei deren Vorhandensein ihm die Fortsetzung seines Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.[2])

Wenn das Dienstverhältnis durch den Tod des Dienstherrn vorzeitig endigt, gewährt das Gesetz aus Billigkeitsrücksichten dem Dienstpflichtigen einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er infolge dieser vorzeitigen Beendigung erleidet (Art. $355_{,3}$). Es bedeutet dies eine einseitige Begünstigung, da dem Dienstherrn bei Tod des Dienstpflichtigen ein solcher Anspruch nicht zusteht. Der gegen die Erben gerichtete Schadenersatzanspruch ist nach allgemeinen Grundsätzen maximal durch das Erfüllungsinteresse begrenzt, d. h. der Dienstpflichtige kann nicht mehr verlangen, als den Lohn bis zum Zeitpunkt, auf den das Verhältnis hätte frühestens gekündigt werden können.[3])

[1]) Lang, Bem. 3 Art. 327, Oser, Bem. 2 b.
[2]) Thalberg, 155 ff., EBG 33 II 300, Becker, N. 3 Art. 355.
[3]) Prot. d. Expertenkom. v. 6 III. 1909, S. 6, Oser, Bem. 2 Art. 355, Hug, S. 32.

Die Stillegung oder Auflösung des Unternehmens steht dem Tode des Unternehmers nicht gleich. Sie bewirkt vielmehr einen Annahmeverzug des Dienstherrn bezüglich der Dienstleistung. Der Handlungsgehilfe kann daher weiterhin den vereinbarten Lohn fordern, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein (Art. 332).[1]) Dagegen ist es nicht ausgeschlossen, dass die Auflösung oder Stillegung einen wichtigen Grund zur sofortigen Vertragsaufhebung im Sinne des Art. 352 abgeben kann[2]) vgl. 3.).

Die Veräusserung des Unternehmens löst im Zweifel das Dienstverhältnis, da nach Art. 327,$_2$ der Anspruch des Dienstherrn auf die Dienstleistungen nicht übertragbar ist, sofern nicht aus der Verabredung oder aus den Umständen etwas anderes sich ergibt.[3]) Unübertragbarkeit liegt nur vor, wenn die Abtretung eine inhaltliche Aenderung zur Folge hat.[4]) Das trifft bei der weitaus grössten Zahl der Handlungsgehilfen nicht zu, so dass die Regelung des deutschen Entwurfes, die von der Uebertragbarkeit des Dienstverhältnisses auf den Geschäftsnachfolger als Regel ausgeht, der Verkehrsauffassung mehr entspricht. Ist doch in einer grossen Anzahl von Fällen der Dienstherr überhaupt ein unpersönlicher (A.-G., Genossenschaft).

Ist bei einer Geschäftsveräusserung der Handlungsgehilfe nicht mitübernommen, oder ist er nach Art. 327,$_2$ berechtigt, den neuen Dienstherrn abzulehnen, so befindet er sich in derselben Rechtslage wie bei Stillegung oder Auflösung des Betriebes: der bisherige Dienstherr fällt in Annahmeverzug und es treten die Rechtsfolgen desselben ein. Uebergehen hingegen mit dem Geschäfte auch die Dienstverhältnisse, so werden sie unter den gleichen Bedingungen fortgesetzt. Für die weitere Entlöhnung haftet fortan entweder der Erwerber oder der Veräusserer oder beide solidarisch nebeneinander, je nachdem eine Schuldübernahme nach Art. 175, 181 oder 182 stattgefunden hat, oder andere Vertragsverhältnisse obwalten.

Der Konkurs des Dienstherrn führt an sich das Ende des Dienstverhältnisses nicht herbei. Tritt die Konkursverwaltung an Stelle des Diensherrn in den Vertrag ein, so ist der Handlungsgehilfe zur Dienstleistung im gleichen Masse verpflichtet. Art. 327,$_2$ kann in diesem Falle nicht zur Anwendung kommen, weil keine

---

[1]) BGE 39 II 70, Kt. Ger. St. Gallen SIZ 12, S. 153, Gew. Ger. Bern 1914, No. 12, 1915, No. 3, 1917, No. 16.

[2]) Becker, N. 31 Art. 352.

[3]) In entgegengesetztem Sinne löst der deutsche Entw. eines allg. Arbeitsvertragsgesetzes v. 1923 die Frage, indem er (§ 25/26) bei der Veräusserung die Ansprüche auf Arbeitsleistung im Zweifel als übertragbar erklärt. Vgl. Denkschrift S. 16, Molitor, S. 179 f.

[4]) Becker, N. 19. Art. 164, BGE 33 II 300, Gew. Ger. Olten 1918, S. 50.

„Uebertragung der Rechte des Dienstherrn auf einen andern" in Frage steht. Der Dienstherr bleibt Eigentümer des Unternehmens.[1]) Der Lohnanspruch des Handlungsgehilfen ist Masseanspruch und muss voll befriedigt werden (Art. 211 SchKG), während der bis zur Konkurseröffnung entstandene Lohnanspruch lediglich eine (privilegierte) Konkursforderung begründet (vgl. III. 1. B.).

Lehnt die Konkursverwaltung den Eintritt in den Vertrag ab, so kommt der Dienstherr in Annahmeverzug und der Handlungsgehilfe kann die laufende Lohnforderung bis auf den nächsten Kündigungstermin als privilegierte Konkursforderung anmelden, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Der Konkurs des Dienstherrn sowie eine anderweitige Zahlungsunfähigkeit desselben berechtigen nämlich den Handlungsgehilfen nach Art. 354 zur sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses, wenn ihm für den Lohn auf sein Begehren nicht binnen angemessener Frist Sicherheit geleistet wird (Art. 354).

Auch faktische Nichtzahlung und Lohngefährdung sind ein Rücktrittsgrund im gleichen Sinne, wobei die Fristsetzung nach Art. 83 und 107 zu erfolgen hat. Böswillige Nichtzahlung ist ein Rücktrittsgrund ohne Fristansetzung nach Art. 352 (vgl. IV. 3.)[2])

Der Konkurs des Handlungsgehilfen, ein praktisch wohl seltener Fall, ist an sich für den Bestand des Dienstverhältnisses unerheblich, doch ist in Betracht zu ziehen, daß die Handlungsvollmacht des Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, Handlungsreisenden durch Konkurs derselben ipso jure erlöschen (Art. 35 OR). Allerdings ist im Sinne dieses Artikels auch eine gegenteilige Vereinbarung zulässig. Doch kann der Konkurs des Handlungsgehilfen unter Umständen ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde abgeben (vgl. IV. 3.)

Auf die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde wird in IV. 3. näher einzugehen sein.

2. Die ordentliche Kündigung.

Die bei Dienstverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit vorgesehene ordentliche Kündigung ist in das freie Belieben der Parteien gestellt und bedarf von Gesetzes wegen keiner Rechtfertigung durch Gründe. Die Angabe des Grundes kann aber verlangt werden, wenn dies durch Vertrag, GAV, NAV oder die Arbeitsordnung vorgeschrieben ist. In diesem Falle wäre die Kündigung

[1]) Blumenstein, S. 694, Hug, S. 37, kaum richtig Schneider & Fick, Bem. 6 Art. 354.

[2]) Schneider & Fick, N. 4, 5 Art. 352, BGE 18, 305.

ohne angegebene Begründung ungültig.[1]) Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Grund auf Verlangen angegeben werden muß.

So bestimmt z. B. der GAV zwischen dem Allgemeinen Konsumverein Erstfeld und Urner Oberland und dem Verband der Handels-, Transport- und Lebensmittelarbeiter der Schweiz, daß die Gründe der Kündigung „auf Verlangen" zwar nicht dem Angestellten, aber „dem vertragschließenden Verbande" mitzuteilen sind (II.).

Gewisse GAV ordnen ein ganzes Verfahren an, das der Kündigung vorauszugehen hat. So bestimmt der GAV des Lebensmittelvereins Zürich mit dem genannten Verband, daß Verfehlungen von Angestellten dem zuständigen Ressortchef zu melden sind, der eine Vernehmlassung des Betroffenen anordnet. Bei Bestreitung ist eine Untersuchung zur Feststellung des Tatbestandes durchzuführen. Es erfolgt dann je nach der Schwere der Verfehlung eine Ermahnung, ein Verweis, eine Androhung der Kündigung oder sofortige Entlassung. Eine Androhung der Entlassung erfolgt nach drei Verweisen innerhalb zwei Jahren, beim vierten Verweis innert des gleichen Zeitraumes wird unwiderruflich gekündigt (§ 25).

Aehnlich lauten die Bestimmungen im GAV des Verbandes schweizerischer Konsumvereine Basel (§ 7 ff.).

Die ordentliche Kündigung kann von Gesetzes wegen jederzeit erfolgen, sie kann daher auch erklärt werden, bevor der Dienst angetreten ist.[2]) Die Frage ob eine bedingte Kündigung zulässig sei, ist dahin zu beantworten, daß die Kündigung grundsätzlich ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft ist, da der einseitig wirkende Wille eine feste rechtliche Lage schaffen und nicht den Kündigungsgegner in einen Zustand der Ungewissheit versetzen soll. Wo aber die Bedingung keine Ungewissheit schafft, ist sie als zulässig anzusehen.[3]) Das ist meist der Fall bei einer Potestativbedingung (z. B. „wenn Sie morgen nicht zur Arbeit erscheinen").

Unter allen Umständen ist die bedingte Kündigung dann als zulässig zu erachten, wenn der Gekündigte sie annimmt. Dann verwandelt sich aber die Kündigung in ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Eine Kündigung kann durch Uebereinkunft der Parteien auch widerrufen werden, nicht aber einseitig durch den Kündigenden.[4])

[1]) So bestimmt der GAV des Verbandes schweiz. Konsumvereine (§ 7): Kündigung von seiten der Verbandsbehörden kann erfolgen speziell im Falle von Arbeitsmangel, schwerer Disziplinverletzung, fortgesetzter Nachlässigkeit und nachgewiesener Untauglichkeit".

[2]) Lotmar, I 518 ff, Hug, II, 84.

[3]) Becker, Vorb. 114/42 N. 8, v. Thur II/1 S. 212 ff., Hug, S. 69 ff.

[4]) Becker, N. 5 Art. 347, Hug, II, S. 77.

Die Kündigung ist ein formloses Rechtsgeschäft, doch wird bei Handlungsgehilfen oft schriftliche Anzeige vereinbart (vgl. z. B. Mustervertrag des Kaufmännischen Vereins, Art. 7).

Für die Befristung der Kündigung eines bestimmten Dienstvertrages ist maßgebend in erster Reihe die Norm eines diesen Vertrag beherrschenden GAV, dann eine schriftliche Parteiabrede, in weiterer Linie die Norm eines NAV, sodann eine nicht schriftliche Parteiabrede, insbesondere auch die stillschweigende Unterwerfung unter eine Uebung, in Ermangelung einer solchen die Arbeitsordnung. Erst wenn sich aus allen diesen Quellen keine Bestimmung der Befristung ergibt, kommen die gesetzlichen Fristen zur Anwendung.

Für die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten folgende Grundsätze:

a) Das Paritätserfordernis der Fristen, wonach „für Dienstherrn und Dienstpflichtige keine verschiedenen Kündigungsfristen vereinbart werden dürfen (Art. $347_{,3}$). Die Kommentatoren halten jede entgegenstehende Abrede für nichtig.[1]) Mit Recht macht aber Hug[2]) in glänzender Beweisführung geltend, daß eine Regel dieser Art nach allgemeinen Grundsätzen nur soweit zwingend ist, als der Zweck sie zu einer absoluten macht. Ihr Zweck ist aber der Schutz des Dienstpflichtigen. Nur insoweit es zu diesem Schutze erforderlich ist, wirkt sie daher zwingend; es kann nicht rechtsgültig vereinbart werden, daß der Dienstpflichtige zur Einhaltung längerer Kündigungsfristen verpflichtet sein soll als der Dienstherr, wohl aber umgekehrt. Darum kann auf Seiten des Dienstherrn allein das Kündigungsrecht überhaupt für eine gewisse Zeit vertraglich ausgeschlossen werden, soweit nicht wichtige Gründe vorliegen, nicht aber auf Seiten des Dienstpflichtigen allein. Wird es auf Seite des Dienstpflichtigen allein ausgeschlossen, so kann während dieser Zeit auch nicht vom Dienstherrn gekündigt werden.[3])

b) Die Kündigungsfristen sind Minimalfristen und als solche je nach der Art des Dienstverhältnisses verschieden gestaffelt. Bei der Kategorie der Angestellten, welcher der Handlungsgehilfe zugehört, kann auf das Ende des auf die Kündigung folgenden Monats gekündigt werden (Art. $347_{,2}$). Die Kündigung kann also nicht etwa am 1. auf den letzten des gleichen Monats erfolgen, sondern muß wenigstens am letzten Tage des Vormonats dem Gekündigten zukommen. Die Kündigungsfrist ist für die Kategorie der Angestellten am längsten bemessen, da es normalerweise für einen industriellen oder gewerblichen Arbeiter leichter sein wird

[1]) Oser, Bem. 3 a 8, Becker N. 15, Schneider & Fick N. 20, 21, Lang, Bem. 3a Art. 347.

[2]) Hug, II, 173 ff.

[3]) Gew. Ger. St. Gallen bei Rohr, S. 60.

eine neue passende Anstellung zu finden, als für den Angestellten. Zudem ist der Wechsel der Stellung für diesen mit größeren Nachteilen und Schwierigkeiten verknüpft, die sich aus seiner sozialen Stellung und der daraus folgenden Art der Lebenshaltung ergeben.[1])

Geht eine rechtzeitig abgesandte Kündigung dem Handlungsgehilfen verspätet zu, so ist sie nicht imstande, das Dienstverhältnis zum beabsichtigten Zeitpunkt aufzulösen. Um rechtzeitig zu sein genügt nicht, daß sie am letzten Tage, an dem noch auf einen bestimmten Termin gekündigt werden kann, zur Post gegeben sei, sie muß vielmehr nach den Grundsätzen der Empfangstheorie dem Gegner an diesem Tage zugegangen sein.[2])

Eine verspätet zugegangene Kündigung[3]) ist aber nicht bedeutungslos. Nach den auch für das schweizerische Recht anerkannten Regeln der Konversion[4]) kann sie als Kündigung auf den nächsten zulässigen Zeitpunkt betrachtet werden, wenn der Wille des Kündigenden, auf der Kündigung zu beharren, dem Gegner erkennbar ist.[5]) Geht daher eine Kündigung z. B. auf Ende Mai dem Gekündigten erst am 1. Mai zu, so bringt sie das Dienstverhältnis am nächstfolgenden Termin, d. h. am 30. Juni zum Erlöschen. Vertraglich ist eine Verkürzung der Kündigungsfrist bis zu ihrer gänzlichen Ausschaltung zulässig.[6])

c) Wenn das Dienstverhältnis „überjährig" geworden ist, so kann es nach Art. 348,, vom Dienstherrn und Dienstpflichtigen auf das Ende des zweiten der Kündigung folgenden Monats gekündigt werden. Diese Befristung gilt für alle Dienstverhältnisse, ohne Rücksicht auf die einzelnen Kategorien; einheitliche zweimonatliche Kündigungsfrist auf Monatsende.

Ueberjährig ist ein Dienstverhältnis, wenn es über ein Jahr gedauert hat. Maßgebend ist dabei der Augenblick der Kündigung, nicht der durch die Kündigung gesetzte Endtermin.[7]) Nicht notwendig ist, daß der Dienstpflichtige an 300 aufeinanderfolgenden Arbeitstagen ununterbrochen beim gleichen Dienstherrn tätig war. Entscheidend ist die rechtliche Dauer der vertraglichen Bindung, nicht diejenige der tatsächlichen Erfüllung. Es ist daher ohne Einfluß, wenn das Vertragsverhältnis inhaltlich verändert und damit der ursprüngliche Dienstvertrag durch eine neue vertragliche

---

[1]) Becker, N. 18 Art. 347, Kt. Ger. St. Gallen SIZ 9, S. 117.
[2]) Gew. Ger. Olten 1917, No. 3, 1919 No. 3.
[3]) Auf den Grund der Verspätung kommt es nicht an, vgl. Lang, N. 9 Art. 347.
[4]) Becker, N. 7 Art. 11, Oser, Bem. VII 2 c Art. 11, ausdrücklich BGB § 140.
[5]) BGE 47 II 298, Becker N. 12, Oser, Bem. 3 c, Lang, Bem. 9 Art. 347.
[6]) Oser, Bem. 3 a 8, Becker, No. 6, Fick N. 10, Lang, Bem. 3 a Art. 347.
[7]) Becker, N. 1 Art. 348, Gew. Ger. St. Gallen SIZ 11, S. 155.

Regelung ersetzt wird.[1]) Ebensowenig spielen tatsächliche Unterbrechungen durch Krankheit, Militärdienst und dgl. für die Berechnung eine Rolle.[2])

Ist hingegen das rechtliche Band zwischen den Parteien gelöst, sei es, daß während eines solchen Unterbruches die bestimmte Vertragszeit zu Ende geht oder von einer Partei gekündigt wird, so bildet eine eventuelle Wiederaufnahme des Dienstverhältnisses eine Neubegründung und die bisherige Zeit rechnet nicht weiter mit. Wenn aber der Dienstherr lediglich zu dem Zwecke kündigt, um die Anwendung des Art. 348 zu verhindern und das Verhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist unverzüglich fortsetzt, so kann unter gegebenen Umständen diese Unterbrechung als eine Gesetzesumgehung außer Betracht gelassen werden.[3])

Die Bestimmung des Art. 348,$_1$ ist aber nicht zwingender Natur. Abs. 2 Art. 348 läßt eine Abänderung der Frist durch Abrede zu, bei Angestellten allerdings nicht unter einem Monat. Eine solche Abänderung muß in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht werden. Eine allgemeine Bestimmmung in einem GAV, einer Arbeitsordnung oder eines industriellen Vertrages, daß z. B. die Kündigungsfrist einen Monat beträgt, kann nur so ausgelegt werden, daß sie lediglich für das erste Dienstjahr Geltung haben soll.[4])

Verkürzung der Kündigungsfrist auf Seite des Dienstherrn unter einem Monat ist ausgeschlossen, wohl aber ist nach oben dargelegtem Grundsatz die einseitige Festsetzung einer kürzeren Kündigungsfrist auf Seite des Dienstpflichtigen möglich.

Das Handelsgewerbe ist der längeren Kündigungsfrist bei überjährigen Verhältnissen im allgemeinen nicht günstig gesinnt. In fast allen GAV der Konsumvereine ist die Kündigungsfrist auf einen Monat festgesetzt, auch für überjährige Dienstverhältnisse. In einigen ist für überjährige Dienstverhältnisse keine Bestimmung getroffen, es gilt somit von Rechts wegen die zweimonatliche Kündigung (z. B. Verband der schweizerischen Konsumvereine Basel). Die Vereinigung Basler Versicherungsgesellschaften bestimmt die Kündigung bis zum 5. Dienstjahr nach OR, nachher setzt sie eine dreimonatliche Kündigungsfrist fest. Die Bankpersonalordnung billigt Dienstverhältnissen, die über 10 Jahre gedauert haben, eine Kündigung auf das Ende eines Kalenderhalbjahres mit sechsmonatlicher Voranzeige zu (Art. 12).

---

[1]) Becker, N. 2, Lang, Bem. 1 Art. 348, BGE 47 II 299 ff., Gew. Ger. Bern 1921 No. 9, 10.

[2]) BGE 47 II 299 f., Gew. Ger. Bern 1915, No. 7, Gew. Ger. Olten 1915, S. 30, 1917, S. 38, 1921, S. 57.

[3]) Gew. Ger. Bern 1917, No. 3, Gew. Ger. St. Gallen bei Rohr, S. 66 f.

[4]) Gew. Ger. Bern 1918, S. 34, 1920, No. 9, Gew. Ger. Olten 1918, S. 49.

Die Kündigungsfristen der Art. 347 und 348 OR gelten nicht während der Probezeit. Darunter versteht man die Zeit zu Anfang eines Dienstverhältnisses, die den Parteien Gelegenheit geben soll, festzustellen, ob ihnen das Dienstverhältnis passt. Die Festsetzung einer Probezeit, während welcher die regulären Kündigungsfristen nicht zur Anwendung kommen sollen, ist im allgemeinen Sache der Parteien. Während aber bei dem Gesellen- und Dienstbotenverhältnis eine Rechtsvermutung für die Festsetzung einer Probezeit besteht (Art. $350_{,2}$) ist dies bei Angestellten, also auch bei Handlungsgehilfen nicht der Fall.

Es muß daher eine Probezeit durch GAV, NAV, AO festgesetzt oder durch Parteiabrede ausbedungen werden, ebenso die Dauer und die während derselben einzuhaltende Kündigungsfrist. Das Gesetz stellt aber in Art. 350 für den Fall der Vereinbarung einer Probezeit bei Anstellung auf längere Zeit eine Vermutung über die Wirkung derselben auf: es kann während der ersten 2 Monate mit wenigstens 7 Tage Kündigungsfrist auf das Ende einer Woche gekündigt werden. Nach Ablauf dieser zwei Monate kommen die allgemeinen Kündigungsfristen zur Anwendung. Es ist aber auch die Abrede einer mehr als zweimonatlichen Probezeit zulässig.[1])

Der Zweck der Bestimmung des Art. $350_{,1}$ ist, die kurze Kündigungsfrist nicht ungebührlich lange zur Anwendung gelangen zu lassen. Wenn daher etwa eine sechsmonatliche Probezeit vereinbart wurde, ohne daß über die Kündigung etwas festgesetzt wurde, so gilt die kurze Kündigungsfrist des Art. $350_{,1}$ nur während der ersten zwei Monate. Von diesem Zeitpunkt an greifen die regulären Kündigungsfristen ein.[2])

Die Vermutung des Art. $350_{,1}$ trifft nur bei „Anstellung auf längere Zeit" zu. Eine solche liegt vor, wenn eine bestimmte längere Vertragsdauer sofort vereinbart wird, aber auch, wenn ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis faktisch auf längere Zeit angelegt ist.[3]) Ist dies nicht der Fall, so kommt Art. $350_{,1}$ nicht zur Anwendung, und es ist aus den Umständen des Einzelfalles auf den mutmaßlichen Parteiwillen zu schließen. Im Zweifel ist jederzeitige Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist als mutmaßlicher Parteiwille zu betrachten.[4])

Die GAV sehen meist eine Probezeit von 3 Monaten mit 14-tägiger Kündigungsfrist vor (Lebensmittelverein Zürich 3—6 Monate, Bankpersonalordnung bis 6 Monate, Konsumgenossen-

[1]) Gew. Ger. Zürich 1918, No. 4, Gew. Ger. Olten 1913, No. 10, Gew. Ger. Bern 1930, No. 6.

[2]) Hug, II, 156 f., anderer Meinung Gew. Ger. Zürich 1921, No. 7.

[3]) Becker, N. 3, Lang, Bem. 4 Art. 350, Gew. Ger. Bern 1916, No. 8.

[4]) Oser, Bem. 3 c, Becker, N. 4, Fick, N. 6, Lang, Bem. 4 Art. 350, Gew. Ger. Bern 1916, No. 8.

schaft Interlaken 12 Monate. Der Mustervertrag des Kaufmännischen Vereins sieht bei Anstellung auf Probe während der ersten zwei Monate Kündigung auf eine Woche vor, während der folgenden 10 Monate auf einen Monat (Art. 7).

3. Die ausserordentliche Kündigung.

Art. 352,$_1$ sieht „aus wichtigen Gründen" auf beiden Seiten eine sofortige Vertragsauflösung vor. Nach dem Marginale wird dieses Recht mit Rücktrittsrecht bezeichnet. Es ist dies ein jeder der beiden Parteien unter gesetzlicher Voraussetzung eingeräumtes negatives Gestaltungsrecht auf Vertragsauflösung. Die Bezeichnung „Rücktritt" ist aber nicht gerade glücklich gewählt worden, da ein Rücktritt in der Regel mit rückwirkender Kraft (ex tunc) ausgestattet ist, während es sich beim Dienstvertrag um eine Aufhebung ex nunc handelt. Es ist daher die entsprechendere Bezeichnung „ausserordentliche Kündigung" geprägt worden.[1]) Bei der ausserordentlichen Kündigung macht der Gesetzgeber keinen Unterschied zwischen den einzelnen Kategorien der Dienstpflichtigen. Sie bietet somit für den Handlungsgehilfen keinerlei Besonderheiten. Es ist jedoch nicht ausser Betracht zu lassen, daß dieser durch die ausserordentliche Kündigung in der Regel empfindlicher getroffen wird. Ist doch, wie schon hervorgehoben wurde, beim Angestellten die längste Kündigungsfrist gerade mit Rücksicht auf die größeren Schwierigkeiten dieses Stellungswechsels bemessen worden. Bei der großen Rolle des richterlichen Ermessens nach Art. 352 ist daher in der Beurteilung der Wichtigkeit des Grundes und der Rechtsfolgen der Vertragsauflösung diesem besonderen Verhältnis entsprechend Rechnung zu tragen. Mit Rücksicht darauf und um ein abgeschlossenes Bild der Stellung des Handlungsgehilfen zu geben, soll auch die ausserordentliche Kündigung hier kurz dargelegt werden.

Als wichtigen Grund betrachtet im allgemeinen das Bundesgericht, wenn „wesentliche Voraussetzungen persönlicher und sachlicher Art, unter welchen der Vertrag abgeschlossen wurde, sich als hinfällig erwiesen haben".[2]) Doch geht Art. 352,$_2$ noch etwas weiter, indem er „namentlich" als einen solchen Grund jeden Umstand ansieht, „bei dessen Vorhandensein dem Zurücktretenden aus Gründen der Sittlichkeit oder nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Verhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf". Es entscheidet darüber gemäß Art. 352,$_3$ richterliches Ermessen; in keinem Falle darf aber unverschuldete Krankheit von

[1]) Grässli, S. 25, Hug, II 80.
[2]) BGE 23, 655, 45 I, 339.

verhältnismäßig kurzer Dauer oder die Leistung schweizerischen obligatorischen Militärdienstes als wichtiger Grund anerkannt werden.

Aus dieser letzteren Bestimmung läßt sich argumento e contrario schließen, daß unverschuldete Krankheit von längerer Dauer ein wichtiger Grund zur ausserordentlichen Kündigung abgeben kann, und in weiterer Folge, daß der wichtige Grund nicht notwendigerweise in einem schuldhaften Verhalten der andern Partei liegen muß.

Die wichtigen Gründe lassen sich einteilen in solche, die in der Person des Kündigenden oder des Kündigungsempfängers liegen und in solche, die in objektiven Verhältnissen begründet sind.[1])

Die Gründe in der Person des Kündigungsempfängers können zunächst in dessen vertragswidrigem Verhalten oder in persönlichen Beziehungen liegen. Entlassungsgründe wegen vertragswidrigem Verhalten können in dieser Richtung bilden: Unentschuldigtes, wiederholtes Wegbleiben von der Arbeit (Blaumachen)[2]), Verweigerung der vertragsmäßigen Dienste,[3]) Streik,[4]) Unredlichkeiten wie z. B. Aufgabe von Scheinbestellungen seitens eines Reisenden,[5]) Verletzung des Konkurrenzverbotes,[6]) Ausserachtlassung der Sorgfaltspflicht des Art. $328_{,3}$.

Austrittsgründe in der gleichen Richtung sind Lohnsäumigkeit von längerer Dauer,[7]) schikanöse Vorschußverweigerung (Art. 334), Verweigerung des für Mehrarbeit gebührenden Lohnzuschusses (Art. 336), der nötigen Freizeit (Art. 341), Unterlassung hygienischer Vorkehrungen in den Diensträumen (Art. 339).

Entlassungs- und Austrittsgründe wegen persönlicher Beziehungen können bilden: wiederholte Respektverweigerung, Beschimpfung und Mißhandlung.[8])

Wichtige Gründe in der Person des Kündigungsempfängers können aber auch anders als durch vertragswidriges Verhalten entstanden sein. In dieser Richtung kommt zunächst in Betracht subjektive Verhinderung an der richtigen Erfüllung des Vertrages durch Krankheit, Militärdienst und ähnliche Gründe. Art. $352_{,3}$ schließt aus humanen und sozialpolitischen Gründen nur

---

[1]) Becker, Bem. 7 ff. Art. 352, Grässli, S. 51 ff.

[2]) Gew. Ger. Bern 1913, No. 14 b, 1922 II 1; 1925 No. 1 und 2; Gew. Ger. Zürich 1923, No. 4.

[3]) Gew. Ger. Bern 1926, No. 25, Gew. Ger. Zürich 1926, No. 4.

[4]) Gew. Ger. Bern 1918, S. 28, 1922, No. 16, 1923, No. 17, gegen Lang, Anm. 3 b Art. 352, Gew. Ger. Bern 1924, No. 5.

[5]) Gew. Ger. Bern 1925, No. 5.

[6]) Gew. Ger. Zürich 1919, No. 8.

[7]) Gew. Ger. Bern 1916, No. 20, 1927, No. 6.

[8]) Gew. Ger. Bern 1914, No. 17 g, 1915, No. 17 d, 1916, No. 17.

unverschuldete Krankheit von verhältnismäßig kurzer Dauer und obligatorischen Militärdienst aus.[1])

Das sonstige ausservertragliche Verhalten des Angestellten kann gleichfalls einen wichtigen Grund abgeben. Eine vor Dienstantritt verbüßte Freiheitsstrafe, die der Dienstherr nicht kannte, wurde vom Gewerbegericht Bern[2]) im Falle eines Reisenden nicht als wichtiger Grund zur Entlassung erkannt, da der Dienstpflichtige über solche Vorkommnisse nicht gehalten sei, Auskunft zu geben. Das dürfte aber dennoch von der Art des Deliktes und der Stellung des Dienstpflichtigen abhängen. Man wird wohl dem Dienstgeber nicht zumuten können, z. B. einen Kassier auch nur einen Tag länger im Geschäfte zu dulden, von dem es sich herausstellt, daß er schon wegen einer größeren Unterschlagung vorbestraft war.

Eine strafrechtliche Verurteilung wegen eines vorsätzlich begangenen Deliktes während der Dauer des Dienstes wird ausnahmslos als Entlassungsgrund angerufen werden können.[3]) Die Entlassung der Leiterin einer Warenhausabteilung wegen Schuldenmacherei und Leben über ihre Verhältnisse wurde als ungerechtfertigt erkannt, da dem Dienstherr die Beobachtung einer einmonatlichen Kündigungsfrist wohl hätte zugemutet werden können.[4])

Die Führung eines moralisch anfechtbaren Lebens ist an sich noch kein wichtiger Grund, zumal wenn die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist dem andern Teile zugemutet werden kann.[5])

Wichtige Gründe, die in der Person des Kündigenden selbst liegen, sind als Entlassungsgründe z. B. der Zwang, den Geschäftsbetrieb wegen Unglücksfall, Krankheit oder Unrentabilität zu liquidieren,[6]) als Austrittsgründe Unglücksfälle, längere unverschuldete Krankheit, eingetretene körperliche oder geistige Unfähigkeit zur Dienstleistung.

Als wichtige Gründe, die in objektiven Verhältnissen liegen, kommen für eine Entlassung nicht bloßer Absatzmangel oder schlechter Geschäftsgang in Betracht. Solange der Dienstherr nicht zu einer Liquidation gezwungen ist, darf er den Vertrag nicht vorzeitig aufheben.[7]) Als Austrittsgrund können beispielsweise Familienverhältnisse des Dienstpflichtigen in Betracht kommen (z. B. Todesfälle), die von einer solchen Erheblichkeit und Dringlichkeit sind,

[1]) Ueber den Begriff des Nichtverschuldens bei Krankheit und über obligatorischen Militärdienst vgl. III. 1. b.

[2]) Gew. Ger. Bern 1913, No. 14 c.

[3]) Grässli, S. 79, vgl. auch BGE 41 II, 112 f. (Sittlichkeitsdelikt).

[4]) Gew. Ger. Bern 1917, No. 18 b.

[5]) BGE 49 II, 398 f., Gew. Ger. Bern 1925. No. 4.

[6]) BGE 44 II, 412.

7) Gew. Ger. Bern 1914, No. 12 und 15, 1915, No. 3.

daß dem Dienstpflichtigen die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Art. 352 stellt zwingendes Recht dar.[1]) Der vertragliche Ausschluß der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund ist somit unzulässig. Es darf aber auch nicht im einzelnen einem an sich wichtigen Grund durch Vertrag diese Eigenschaft genommen werden.[2]) Hingegen kann einer vertraglichen Erweiterung der wichtigen Gründe kaum etwas entgegengehalten werden, da ja die Parteien wie bereits ausgeführt wurde, grundsätzlich auch fristlose Kündigung ohne Gründe vereinbaren können.

So bestimmt z. B. die Bankpersonalordnung: „Die absichtliche oder grobfahrlässige Uebertretung der Dienstpflichten, namentlich aber die Uebertretung des Verbotes der Spekulation oder der Gebote der Unbestechlichkeit und Verschwiegenheit, ferner durch eigenes Verschulden herbeigeführte Zerrüttung der ökonomischen Verhältnisse, gilt je nach der Schwere des Falles als wichtiger Grund im Sinne des Art. 352 des Obligationenrechts, welcher zur sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses berechtigt" (Art. 11).

Hier beläßt sich der Dienstherr sogar einen eigenen Ermessenskreis („je nach der Schwere des Falles") in Bezug auf gewisse Tatsachen, die ihn zur außerordentlichen Kündigung bestimmen können.

Art. 353 regelt auch die Folgen der außerordentlichen Kündigung: bei vertragswidrigem Verhalten des einen Teiles hat dieser vollen Schadenersatz zu leisten unter Berücksichtigung der aus dem Dienstverhältnis erwachsenden Nebeneinnahmen, in sonstigen Fällen bestimmt richterliches Ermessen die Folgen des Rücktritts unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches.

Wir müssen demnach die vermögensrechtlichen Folgen der gerechtfertigten und der ungerechtfertigten außerordentlichen Kündigung unterscheiden.

Der Dienstherr, der gerechtfertigt gekündigt hat, kann vollen Schadenersatz beanspruchen. Dazu gehören insbesondere die Kosten der Beschaffung einer andern Arbeitskraft und ein etwaiger Lohnzuschuß.[3]) Weiterer Schaden kann geltend gemacht werden, wenn außer dem vertraglichen Verhalten eine unerlaubte Handlung gemäß Art. 41 ff. vorliegt. Der Lohnanspruch des Dienstpflichtigen bis zum Augenblick der Entlassung ist ihm zu entrichten, eine Verrechnung mit dem Schadenbetrag ist nach Art. 340 nur zulässig bei absichtlich zugefügtem Schaden, sonst aber lediglich, soweit der

[1]) Becker, Bem. 47, Oser, VI zu Art. 352.

[2]) Grässli, S. 41, Oser, VI, Art. 352 schreibt einer solchen Einschränkung die Bedeutung zu, daß sie das Maß des den Parteien gemäß Art. 352,2 Zuzumutenden erhöhen.

[3]) Oser, Bem. 3 b, Becker, Bem. 6 und 7, Art. 353.

Lohn nicht zum Unterhalt des Dienstpflichtigen und seiner Familie notwendig ist.

Bei gerechtfertigtem Austritt infolge vertragswidrigem Verhalten des Dienstherrn richtet sich die Ersatzforderung grundsätzlich nach dem Betrage des Lohnes, der für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist hätte verdient werden können.[1]) Als Nebeneinnahmen, die Art. 353,1 berücksichtigt haben will, kommen in Betracht: Trinkgelder (selten bei Handlungsgehilfen), Ueberschuß über die Reisespesen, Gratifikationen und Tantièmen, Abschlußprovisionen. Es müssen aber diejenigen Vorteile berücksichtigt werden, die dem Dienstpflichtigen durch die sofortige Fälligkeit des dem Lohne entsprechenden Betrages entstehen.[2]), wie Ersparung von Auslagen, Verfügung über seine Zeit und Arbeitskraft. Bei Abmessung der Entschädigung darf auch ein Mitverschulden der grundsätzlich berechtigt klagenden Partei berücksichtigt werden.[3]) Bei ungefähr gleichem Verschulden beider Parteien ist der Schaden zu teilen.

Es liegt ein Schadenersatzanspruch und nicht eine Lohnforderung vor.[4]) Die Höhe des Schadens ist somit zu beweisen, die Forderung genießt kein Konkursprivileg und verjährt in einem (Art. 60), nicht in 5 Jahren (Art. 128).

Wird die gerechtfertigte außerordentliche Kündigung aus Umständen herbeigeleitet, für deren Entstehen keiner der beiden Kontrahenten verantwortlich ist, so sollte jeder Schadenersatzanspruch entfallen, da ja die Schadenersatzforderung grundsätzlich ein Verschulden voraussetzt (Art. 41, 97). Trotzdem wäre es aber oft unbillig, den Schaden von dem Betroffenen allein tragen zu lassen. Gemäß Art. 353,2 hat in solchen Fällen der Richter „die vermögensrechtlichen Folgen des Rücktritts" nach seinem Ermessen zu bestimmen, „unter Würdigung der Umstände u. des Ortsgebrauches".

Geht man vom Prinzip aus, daß die Folgen des Zufalls derjenige zu tragen hat, in dessen Vermögen er sich ereignet, so erscheint es billig, daß der Dienstherr die Folgen des bei ihm sich ereignenden Zufalls (z. B. Zwang zur sofortigen Liquidation des Geschäftes) nicht vollständig auf den Dienstpflichtigen abwälze und umgekehrt, sondern daß die Partei, in deren Gefahrzone das Ereignis fällt, der anderen wenigstens einen Teil der Folgen abnehme.

Im Gegensatz zu den in Art. 353,1 vorgesehenen Fällen kann der Richter hier alle für die Beurteilung maßgebenden Umstände, wie wirtschaftliche Lage, bestehende Uebungen, vertragliche Abmachungen der Parteien, auch einseitige Zusicherungen als „Umstände" heranziehen.[1])

[1]) Gew. Ger. Bern 1913, No. 5.
[2]) BGE 15, 674, 16, 207, 18, 312, 19, 320, 20, 606, 21, 1123, 23, 274, 25 II, 317.
[3]) BGE 23, 273 ff.
[4]) Becker, N. 5, Art. 353 gegen Oser, 3 a, Art. 353.
[5]) Gew. Ger. Bern 1917, No. 11.